بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة عمان العربية
كلية الدراسات القانونية العليا

" أثر الاجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم "

" دراسة مقارنة "

THE IMPACT OF THE NULLFIED CRIMINAL PROCEDURE ON THE ACCUSED LEGAL STATUS

(Comparative study)

اعداد

سميح عبد القادر المجالي

الرقم الجامعي(٢٠٠٠١٣٣٠٠٣٣)

اشراف

الاستاذ الدكتور محمد سعيد نمور

التوقيع

اعضاء لجنة المناقشة :

١- الدكتور نظام المجالي

٢- الدكتور معتصم مشعشع

٣-الدكتور عبد الرحمن توفيق

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في كلية الدراسات القانونية العليا

نوقشت واوصي باجازتها بتاريخ



بسم الرحمن الرحيم

الاهداء

أهدي هذا العمل الى روح والـــدي ووالـــدتاي أطال الله في عمريهما ...

كما أهدي عملي الى زوجتي وأولادي بشـــرى وسند وونس وصغيرتي بسمله الذين تحملوا معـــي وكابدوا من أجل اتمام هذه الرسالة طباعة وتدقيقا .

وأخيرا أهدي عملي الى كل من مد لـــي يـــد العون من اساتذة وزملاء وموظفي المكتبات فـــي جامعاتنا الرائدة ؛ مؤتة والاردنية وآل البيت .

شكروتقدير

بعد أن وصلت الى نهاية هذه الدراسة ، فانه لا يسعني الا أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان الى الاساتذة الاجلاء أعضاء لجنة المناقشة الدكتور معتصم مشعشع ،استاذ القانون الجنائي في جامعة آل البيت و الدكتور نظام المجالي ، استاذ القانون الجنائي في جامعة مؤته والدكتورعبد الرحمن توفيق استاذ القانون الجنائي في جامعة عمان الاهلية .

والشكر موصول لاستاذي الدكتور محمد سعيد نمور ، المشرف على هذه الرسالة ، والذي احاطها برعايته وعنايته ، رغم مشاغله الكثيرة ، فكان له الفضل الكبير في اتمام هذا العمل على هذه الصورة . ومهما بالغت في شكره فلن أوفيه حقه ، فجزاه الله كل خير .

والشكر مقرون بكل معاني الحب والوفاء لجامعتي الرائدة ، ممثلة برئيسها ، وعميد كلية الدراسات القانونية فيها ، وجميع اساتذتها والعاملين فيها ، للمساعدة التي قدموها لي في انجاز هذا البحث .

وأخيرا ، أشكر كل من مد لي يد العون والمساعدة ، وجزاهم الله عني خير الجزاء .

بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة عمان العربية
كلية الدراسات القانونية العليا

أثر الاجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم

" دراسة مقارنة "

اعداد

سميح عبد القادر المجالي

اشراف

الاستاذ الدكتور محمد سعيد نمور

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في الدراسات القانونية العليا

تشرين ثاني ٢٠٠٤

الملخص

يتناول الباحث في هذه الدراسة الموسومة بــ " **أثر الإجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم** " دور هذا الإجراء في مرحلتي الدعوى ، ومدى تأثيره في الوضع القانوني للمتهم .

ولقد حاول الباحث الاجابة عن بعض الاسئلة التي تشكل محاور رئيسة للدراسة ، من خلال توظيف فصول هذا البحث وفروعه المختلفة في هذه المهمة . وياتي في مقدمة هذه الاسئلة بيان مدى نجاعة التوجه الجديد لدى المشرع الاردني وموقفه من البطلان في التعديل الذي تم بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ .

اما فيما يتعلق بابواب هذه الرسالة وفصولها المختلفة ، فقد اشتملت على ثلاثة ابواب مسبوقة بفصل تمهيدي ، حيث احتوى الاخير مبحثين : احدهما عن القاعدة الإجرائية بوصفها الاساس الذي تستند اليه الاجراءات الجزائية المختلفة ، و الثاني لبيان المركز القانوني للمتهم.

اما **الباب الاول** الموسوم بــ "**تأصيل الإجراء الجزائي الباطل** " فقد تم تقسيمه الى ثلاثة فصول : الاول عن ماهية الإجراء الجزائي الباطل ، والثاني عن مناط هذا الإجراء وتقسيماته اما الثالث فهو عن بطلان الإجراء الجزائي في بعض التشريعات المقارنة .

وقد خلصت من خلال هذا الجزء من الدراسة الى أن أفضل تعريف للبطلان هو " **وصف أو حالة يتسم بها الإجراء الجزائي المعيب تؤدي الى عدم تحقيق هذا الإجراء لاثاره القانونية** "

وقد تحدثت في هذا الباب عن أهم الجزاءات الإجرائية التي تعترض الإجراء الجزائي كسقوط الإجراء أو عدم قبوله وبينت في اكثر من موضع الخصائص والسمات التي ينفرد بها البطلان عن غيره من الجزاءات ، بوصفه من أهم هذه الجزاءات واكثرها شيوعا من الناحية العملية .

وفيما يتعلق بمذاهب البطلان فقد بينت مدى نجاعة موقف تلك التشريعات التي تجمع بين مذهبي البطلان القانوني والذاتي وهو ذلك الموقف الذي تبناه المشرع الاردني في المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

والحقيقة أن موقف المشرع والقضاء الاردني اختلف باختلاف المرحلة التي تمت دراستها، وهي تقسم الى المرحلة السابقة للتعديل الجاري بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة٢٠٠١ والمرحلة اللاحقة له .

وبوجه عام يمكن القول أن موقف المشرع والفقه لم يتسم بالدقة أو الوضوح ، فهنالك خلط وتضارب بين النصوص واختلاف في الاجتهاد القضائي بشأن المسألة الواحدة .

وفي الجزء الاخير من هذا الباب فقد خصصته لبيان موقف التشريعات المقارنة من مسائل البطلان المختلفة ، واخترت من التشريعات العربية مثالا على ذلك ، التشريعين المصري واللبناني ، ومن التشريعات الاجنبية ، التشريعين الفرنسي والايطالي .

اما **الباب الثاني** الموسوم بـ"**القواعد المنظمة للاجراء الجزائي الباطل** " فقد تم تقسيمه الى فصلين ، أحدهما عن مقومات هذا الإجراء ، والاخر عن محدداته .

ففي الفصل الاول – مقومات الإجراء الجزائي الباطل – تم الحديث عن العناصر والاسباب الموضوعية لهذا الإجراء ، والتي يعني اغفال أو وجود عيب في احدها أو جميعها ،اختلال في عناصر الإجراء تؤدي الى تعيبه وبالتالي بطلانه . اما فيما يتعلق بدراسة العناصر الشكلية ، فقد تطرقت فيها الى بيان المقصود بالاشكال ، والتمييز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري ، وأخيرا تم توضيح المعايير الواردة في التمييز بين الشكل الجوهري من غير الجوهري .

وفي الفصل الثاني – محددات الإجراء الجزائي الباطل – تم التعرض من خلال هذا الفصل الى موضوع التمسك بالبطلان ، من حيث قواعده وشروطه وكيفية التمسك به ، وموضوع آثار البطلان ، من حيث نتائج هذه الاثار على الإجراء الجزائي نفسه ، وعلى الإجراء السابق واللاحق ، بالاضافة الى بحث موضوعين متصلين بالآثار وهما تحول الإجراء الجزائي الباطل ، واعادة هذا الإجراء . وفي القسم الاخير من هذا الفصل وفي اطار التضييق من نطاق البطلان وفق النظرة الحديثة له بينت كيفية تصحيح هذا الإجراء المعيب بما يحول دون ترتيب البطلان .

وفي **الباب الثالث** والاخير من هذه الدراسة والموسوم بـ "**تطبيقات الإجراء الجزائي الباطل** " فقد تم تقسيمه الى فصلين ، احدهما عن مخالفة الإجراء لقواعد التحقيق الابتدائي ، واخترت طائفة من هذه الإجراءات ، كالاستجواب والقبض والتفتيش والتوقيف والاعتراف . وبينت موقف القضاء من المخالفات التي ترد علىهذه الإجراءات .

والفصل الثاني تم تخصيصه لمخالفة الإجراء لقواعد التحقيق النهائي ، وبدوره انقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة ، احدها عن مخالفة الإجراء لمبدأ العلنية ، والثاني عن مخالفته لمبدأ الشفوية ، اما الاخير فقد افردته لحالات بطلان الحكم .

وأ خيرا فقد ختمت هذه الدراسة بخاتمة ضمنتها ما توصلت اليه من نتائج واقتراحات .

المقدمة

يحظى موضوع الإجراء الجزائي الباطل ، في نطاق الإجراءات الجزائية ، بأهمية خاصة تنبع من أهمية الإجراءات الجزائية ذاتها ، وبما تستند إليه من قواعد تحتوي ضمانات على درجة كبيرة من الأهمية ، غايتها إظهار الحقيقة ·

واذا أُريد لهذه القواعد أن تحتفظ بفعاليتها ، وتأخذ مكانها في التطبيق ، وأن تحترم إرادة المشرع بما يفرضه من أوامر ونواه ، فلا بد أن يقترن البطلان بالاجراء الجزائي عند مخالفته او إغفاله لقاعدة إجرائية جوهرية أو أساسية .

ويعد موضوع البطلان من الموضوعات القديمة الحديثة ، ونظريته من النظريات العامة في القانون ، لها أصولها وتطبيقاتها في فروعه المختلفة ، وإن كان دورها في مجال الخصومة الجزائية يبدو أكثر أهمية ؛ نظرا لتعلقها بحقوق الأفراد وحرياتهم ، وذلك بالنظر الى ما تفضي اليه تلك الإجراءات – احيانا – من فرض العقاب على المتهم بصورة قسرية ، الأمر الذي من شأنه أن يثير تنازعا بين مصلحتين متعارضتين ، تمثل اولاهما مصلحة المجتمع في القصاص من المتهم ، فيما تمثل الاخرى ، مصلحة الأخير في ضمان خضوعه لمحاكمة منصفة ·

والحقيقة أن البطلان يعد من أهم الجزاءات الإجرائية وأكثرها شيوعا من الناحية العملية ، ويمثل صفة الإلزام في القاعدة الإجرائية عن طريق عدم إنتاج العمل الإجرائي المعيب لآثاره القانونية ، التي كان من الممكن أن تنتج عنه فيما لو صدر صحيحا ·ويثير في مجال الإجراءات الجزائية أدق المشكلات ، بل إنه مفتاح كل قاعدة من قواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية · فإذا كان المشرع يهدف إلى بيان قواعد القانون وتنظيمه ،وكيفية تطبيقه بوساطة القضاء، والجهات المختصة ، فإن نظام البطلان هو صمام الأمان الذي يضمن احترام هذه القواعد ، ويكفل التطبيق الأمثل لها .

ولما كانت جميع الإجراءات الجزائية ، سواء من حيث صحتها أو من حيث الآثار المترتبة عليها ، مستندة في وجودها إلى القانون ، فلا بد أن يتدخل المشرع ليضع القواعد الموضوعية والشكلية لهذه الإجراءات ، بحيث يغدو الإجراء غير صحيح إن لم يكن موافقا للقانون

لهذا ، فالبطلان يتوافر عند مخالفة الإجراء لمتطلباته القانونية ، فإذا ما تحققت أسبابه ، نهض ليمارس دوره في الحيلولة بين الإجراء ، وتحقيق أي من آثاره القانونية التي يجب أن تحصل فيما لو صدر صحيحا · فوجود البطلان أو عدمه ، هو الذي يحدد النهاية التي سيؤول

إليها الإجراء • وبعبارة أخرى ، يشكل البطلان رقيبا على من يمارس الإجراء ، لكي يضع في حسبانه أن يباشر أعماله ضمن نطاق المشروعية ، حتى لا تقع في شرك البطلان •

وتتفاوت الأنظمة الإجرائية الجزائية في موقفها من نظرية البطلان ، فبعضها يجنح إلى توسيع نطاقه ليشمل إجراءات عديدة ، فيما تذهب تشريعات أخرى إلى التضييق من حالاته ، وتأخذ تشريعات أخرى موقفا وسطا بين الموقفين السابقين• ويمكن القول إن الأخذ بمبدأ بطلان الإجراء الجزائي أمر منقطع الصلة عن الاصول القانونية التي يبنى عليها التنظيم القانوني ، وان كل قانون يضع لنفسه خطة خاصة به قد لا تتلاءم مع غيره من التشريعات ، وقد تختلف مع أصله الذي أخذ عنه • وأوضح مثال على ذلك التشريع الاردني الذي اتجه عند وضع نصوص البطلان إلىالنظام القانوني المصري ، ولم يتأثر كثيرا بالتشريعين السوري واللبناني اللذين يعدان مصدرين أساسين لأغلب أحكامه •

ولأهمية دراسة موضوع الإجراء الجزائي الباطل ، فقد ارتأيت أن يكون موضوعها "**أثر الإجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم** " مقتفيا اثر هذا الإجراء في مراحل الدعوى المختلفة .

وبالنظر الى ما تحدثه الاجراءات الجزائية المختلفة من اثر في المراكز القانونية للافراد وما تشكله في اغلب الاحوال من قيود على حرياتهم ، كاجراءات القبض والتفتيش والتوقيف وضبط المراسلات ، وغيرها من الإجراءات التي تمثل في حقيقتها اعتداء على حرية الشخص في التنقل ، وضمان حرمة حياته الخاصة ، وخرقا لمبدأ البراءة الذي فطرت عليه النفس البشرية ، والذي يجب أن يرافق الشخص طوال مراحل ملاحقته و حتى صدور حكم مبرم بحقه بالادانة ، فان على متخذ أي أجراء أن يلتزم بالشرعية في جميع اجراءاته •

أما في ما يتعلق بموقف مشرعنا من نظرية البطلان فإنها لم تحظ بالعناية اللازمة منه ؛ إذ بعد عقود من الزمان ،اكتفى خلالها المشرع بالنص على البطلان كجزاء يترتب على مخالفة بعض الإجراءات ، ولم يتبن نظرية واضحة في هذه المجال ، تاركا الامر الى اجتهاد القضاء الذي تناقضت احكامه ، وكان في سبيل عدم تقريره للبطلان يتخذ من غياب النص سببا لعدم الحكم به •

لقد أدى هذا الوضع الى خلل في نظام البطلان الذي لايمكن الاستغناء عنه بذريعة عدم النص عليه من قبل المشرع ، لأنه من المبادئ الاساسية في كل نظام اجرائي فعال يحفظ حقوق الناس وحرياتهم ، والا أصبحت نواهي القانون وأوامره ، ضربا من العبث ومدعاة للاستخفاف • اذ لا بد من اعمال البطلان ، ولو في غياب النص ؛ فان صرح المشرع بهذا الجزاء لمخالفة بعض الاجراءات ، فان اغفاله في الإجراءات الاخرى يجب أن لا يحول دون الحكم به متى توافرت شروطه •

وخلاصة الأمر ، يمكن القول إن نجاح أي تشريع في معالجته لموضوع البطلان يتوقف على مدى قدرته على التوفيق بين تأمين حقوق الدفاع ، من خلال اعتبار المخالفات المتصلة بالاجراءات التي نص عليها القانون لتأمين هذه الحقوق سببا في بطلانها ، وضمان حسن سير العدالة عن طريق قصر البطلان على الإجراءات الجوهرية ، حتى لا يكون سببا في عرقلة اجراءات الدعوى ومصدرا للمماطلة والتسويف ٠

تلك هي مظاهر الوضع العام لهذه الدراسة : نقص في التشريع ، وتناقض بين النصوص وتضارب في اجتهاد القضاء ، وقلة في الدراسات المتخصصة ٠ كل هذه الاسباب جعلت سلوك طريق هذه الدراسة محفوفا بالمصاعب ، وبنفس الوقت شكلت دافعا ايجابيا قويا نحو تبني هذا الموضوع ، ومحاولة الوصول الى نتائج قد تساهم في تأصيل نظرية متكاملة في البطلان ، مستعينا باحكام القضاء الاردني والمقارن ، وموظفا خبرة عملية شارفت على عقدين من الزمان ٠ آملا تحقيق ذلك كله بعون من العلي القدير ٠

وقد قسمت هذه الرسالة الى ثلاثة ابواب مسبوقة بفصل تمهيدي ، تناولت فيه بشيء من الايجاز تعريفا بالشرعية الإجرائية ومبادئها والمركز القانوني للمتهم ، اما الباب الاول من هذه الرسالة فقد خصصته لتأصيل الإجراء الجزائي الباطل ، والذي يشتمل على بيان لماهية البطلان ومذاهبه المختلفة ، وموقف التشريعات منه وخاصة التشريع الاردني ، وتناولت في الباب الثاني القواعد المنظمة للاجراء الجزائي الباطل ، والذي يشتمل على بيان لاسباب البطلان وكيفية التمسك به وآثاره وتصحيحه ، اما الباب الثالث والاخير فقد خصصته لتطبيقات الإجراء الجزائي الباطل ، واخترت مجموعة من الإجراءات في مرحلتي الدعوى لبيان موقف القضاء منها ٠

فهرس المحتويات

الفصل التمهيدي

في القاعدة الإجرائية الجزائية والمركز القانوني للمتهم

إن دراسة أي موضوع من مواضيع قانون أصول المحاكمات الجزائية يقتضي أن تنطلق من نقطة البداية وهي ، القاعدة الإجرائية التي تشكل اللبنة الأساس لكل إجراء من إجراءات الدعوى المختلفة(١).

وبناء على ما سبق ، تستلزم دراسة جزاء إجرائي هام كالبطلان ، استعراض طبيعة وخصائص واهداف القاعدة الإجرائية التي يستند إليها العمل الإجرائي المتصف بالصحة أو البطلان . فالإجراءات المتعددة تعتمد في شرعيتها ووجودها على قواعد إجرائية يتولى المشرع بيان شروطها واحكامها بشكل دقيق ، وذلك ضمن إطار مبدأ الشرعية الذي يجب أن يسود كافة الاعمال والاجراءات في دولة المؤسسات والقانون(٢).

وتأسيسا على ما تقدم ، يمكن دراسة عناصر ومكونات القاعدة الاجرائية الجنائية، وتحديد طبيعتها وخصائصها والنطاق الذي تعمل ضمنه ، وعلاقتها بالقواعد القانونية الاخرى ذات الصلة ، ضمن المبحث الاول ، وبيان المركز القانوني للمتهم وتعريفه لغايات هذه الدراسة ، ضمن المبحث الثاني ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الاول : في القاعدة الاجرائية الجزائية

المبحث الثاني : المركز القانوني للمتهم

---

(١) سيتم استخدام لفظ الاجراءات الجزائية او الجنائية كمصطلحين مترادفين ، ومصطلح المتهم للدلالة على الشخص الذي تقام عليه دعوى الحق العام في مرحلتي الدعوى ، وبناء على ما سيتم توضيحه في هذا الباب التمهيدي بعد قليل .

(٢) د . احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، دار النهضة العربية ، ط١٩٩٥ ، ص٩

المبحث الاول

في القاعدة الاجرائية الجزائية

للحديث عن القاعدة الاجرائية ، والعمل الاجرائي ، وضرورة ان تبقى عناصره في اطار الشرعية الاجرائية ، باعتبارها صمام الامان لكل نشاط قانوني ، يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الاول : ماهية القاعدة الاجرائية الجزائية

المطلب الثاني : ماهية العمل الاجرائي الجزائي

المطلب الثالث : في الشرعية الاجرائية الجزائية

المطلب الاول

ماهية القاعدة الاجرائية الجزائية

يمكن ان نتناول في هذا المطلب بالتحليل عناصر وطبيعة وخصائص القاعدة الاجرائية ، وذلك ضمن العناوين التالية :

اولا : تحليل القاعدة الاجرائية ٠

تتولى قواعد القانون الجنائي الموضوعي (العقوبات) تقيم سلوك الانسان وتقويمه عن طريق فرض بعض القيود والجزاءات الجنائية عند مخالفتة لانماط السلوك المحظورة ، او امتناعه عن تلك التي من الواجب مراعاتها ٠

اما القواعد الاجرائية الجنائية ، فتتولى تنظيم نشاط اشخاص الرابطة الاجرائية ومن هم في فلكها وتحديد صلاحياتهم الوظيفية داخل الجهاز القضائي ٠ حيث تنهض هذه الاجراءات بمجملها بمهمة تحديد التنظيم الاجرائي ضمانا لتحقيق المصلحة الاجتماعية بشتى صورها سواء تلك التي تهم المصلحة العامة بشكل مباشر او تلك المتعلقة بحقوق وحريات الافراد [١]٠

اذا ، تنتمي القواعد الاجرائية الجنائية الى طائفة القواعد المنظمة لاعمال القضاء ، لانها تهدف الى فاعلية العدالة الجنائية ، والتي تتوقف على التطبيق القضائي لقانون العقوبات ٠ فالقضاء هو السلطة المختصة بتطبيق القانون ، وبه تناط العدالة الجنائية ويقوم قانون اصول المحاكمات الجزائية بتحديد اجراءات تحقيق هذه العدالة وسلطة المحكمة بشانها[٢]٠

---

[١] د٠ عبد الفتاح الصيفي ، النظرية العامة في القاعدة الإجرائية ،دار الاحد (البحيري اخوان) جامعة بيروت العربية ، ١٩٧٤، ص٥٢ ، د٠ آمال عثمان ،شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط ١٩٨٨، ص١٤

[٢] د٠ احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٥٣

والواقع ان القاعدة الاجرائية – شأنها شأن اي قاعدة قانونية– تتالف من شقين هما : التكليف والجزاء[١]. واذا كانت القاعدة الجنائية الموضوعية يلتقي شقاها عادة في مادة واحدة من مواد قانون العقوبات (فالقتل المقصود مثلا تعالجه المادة ٣٢٦) فانه من الصعب التقاء هذين العنصرين في القاعدة الجزائية ضمن مادة واحدة ، حيث تتولى مادة او اكثر تحديد شق التكليف ، بينما تتولى مادة او بضع مواد تحديد شق الجزاء الاجرائي الذي يترتب على مخالفة احكامها.

ومن الفقهاء من يرى ان القاعدة الجنائية المكونة من شقي التكليف والجزاء ، ينتمي شقها الاول الى القانون الجنائي الموضوعي، في حين ينتمي شقها الاخر الى القانون الاجرائي او الشكلي .وتعليل التبعية على النحو السابق مرده ، وفق بعض الفقه الايطالي ، الى ان المشرع يتجه بالخطاب المتعلق بشق الجزاء الى القاضي ، وهو شخص اجرائي ، بينما يتجه بخطاب التكليف الى المكلف بالقاعدة الجنائية الذي خالف هذا التكليف.

والواقع ان الراي السابق ليس بمنأى من النقد طالما ان أي قاعدة جنائية تتالف من شقي التكليف والجزاء ، وبغياب احدهما لا يمكن الحديث عن وجود لاي قاعدة موضوعية او جزائية.

فضلا عما سبق ، فان الراي السابق يخلط بشكل واضح بين قواعد كل من القانونين ، فمن غير المنطقي القول بمساهمة القانون الاجرائي في تحديد الواقعة المنشئة للجريمة او تحديد الجزاء على مرتكبها ، ذلك ان طبيعة قواعد هذا القانون تابى ذلك . فبينما تنشئ القاعدة الجنائية الموضوعية رابطة قانونية مضمونها الاطاعة او العقاب ، وطرفها الاول الدولة ، بصفتها ممثلة للمجتمع وصاحبة الحق في فرض العقاب ، وطرفها الثاني المتهم . فان القاعدة الاجرائية تنشئ – في مجال الخصومة الجنائية – روابط بين القاضي والنيابة العامة والمتهم.

وقسم جانب من الفقه الايطالي القواعد الاجرائية الى قواعد وسيطة واخرى مادية . فالاولى تنظم نشاط الاجهزة التي تعمل في مجال التحقيق وتنفيذ قواعد القانون الموضوعي ، وبالنتيجة تعمل على منح السلطات بصورة مباشرة . اما القواعد المادية فهي تلك التي تقرر حقوقا والتزامات تتعلق بمضمون استخدام السلطات الاجرائية لمهام وظيفتها[٢].

---

[١] Grispgini , Dirrito processuale penale , Roma ١٩٤٦ , p ٩٩ مشار اليه لدى د. رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا منشأة دار المعارف بالاسكندرية ،١٩٨٤ ، ص٤٧

[٢] لمزيد من التفصيل عن موقف الفقه الايطالي انظر د. محمد ابراهيم زيد ، تنظيم الاجراءات الجزائية ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الامنية والتدريب بالرياض ، ١٩٩٠ ،ص ص٣٦-٣٧

ومن امثلة النوع الاول : تلك القواعد التي تنظم سلطات القاضي الالزامية في الدعوى كانتداب الخبراء • ومن امثلة القواعد المادية ، القواعد المتعلقة برد القضاة والتنحي وقواعد مناقشة المتهم وقواعد الطعن في الاحكام •

والحقيقة ان هذا الراي منتقد كسابقه ، ذلك ان كل قاعدة قانونية – خاصة في المجال الجنائي– تتالف من شقي التكليف والجزاء ، فالقاعدة الاجرائية المادية تقرر حقوقا والتزامات ويترتب على مخالفتها البطلان ، كما ان مخالفة القاعدة الوسيطة يترتب عليه جزاء اداري يتمثل في شق الجزاء في هذه القاعدة •

من هنا نجد ان اصحاب هذا الراي قد اقروا بان القاعدة الاجرائية لا تفقد وظيفتها باعتبارها قاعدة وسيطة ، وبذلك يختفي كل فرق بين هذه القاعدة والقاعدة المادية •

والحقيقة ان الغالبية العظمى من القواعد الاجرائية هي من قبيل القواعد او النصوص الوصفية ، والتي تتالف في المقام الاول من جملة " التكاليف " منفكة عن الجزاء • ولايعني ذلك بالطبع ان الجزاء غير موجود ، فهو موجود شانه شان كل قاعدة اجرائية وان لم يظهر الا في نصوص بعيدة تبدو – في الظاهر – منفكة الصلة عن نصوص التكليف ، لانه جزء متمم لها ولا تكتمل القاعدة الاجرائية او الموضوعية بدونه[1].

اذا ، ليس شقا القاعدة الاجرائية (التكليف والجزاء) على درجة واحدة من الوضوح مقارنة مع القاعدة الموضوعية • فاذا كان الغالب في القاعدة الموضوعية ان يردف المشرع تحديد السلوك المحظور بتحديد الجزاء الذي يستحق عند اتخاذه ، فان القاعدة الاجرائية عادة ما تبين الوصف العام الذي يجب اتباعه ، وللوقوف على الجزاء يتعين الالتجاء الى قاعدة اخرى في موضع اخر •

ولعل الاصل في القاعدة الاجرائية ان لا تكون مستوعبة في نص واحد ، بل يكون شق التكليف الذي يرسم اسلوبا ينظم ممارسة العمل الاجرائي في نص واحد ، بينما يكون شق الجزاء في نص اخر[2].

فعلى سبيل المثال : فان الشكوى – وهي اجراء يتوقف عليه تحريك الدعوى العامة في بعض الجرائم التي تشترط توافر مثل هذا الإجراء – يتولى تنظيمها عدة نصوص تتوزع بين

---

[1] د• جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية ، ١٩٩٧ ، د•ن ، ص ٢١، د• آمال عثمان ، المرجع السابق ، ص١٥

[2] د•رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٤٩ • واذا كان هذا هو الغالب في القاعدة الاجرائية الا انه قد يرد الحكم والجزاء في نفس القاعدة الاجرائية دون ان يذكر الجزاء صراحة وحرفيا ، فيكون مفهوما بحكم اللزوم العقلي والتفسير المنطقي للنص •

قانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات ٠ وهي بذلك تتوزع بين اكثر من نص من نصوص القانون ، مع امكانية تجميعها في قاعدة اجرائية واحدة [١].

وينطبق الامر نفسه على " حق الطعن " الذي تنظمه عدة نصوص اجرائية يمكن جمعها في قاعدة اجرائية واحدة تتالف من شقي التكليف والجزاء ٠

وتنتمي القاعدة الاجرائية الى القانون العام باعتبارها تابعة للقاعدة الموضوعية ٠ ويترتب على ذلك ، اعتبار غالبية القواعد الاجرائية قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ٠ فهي تفرض على الاشخاص الاجرائيين التزامات وواجبات او اعباء قانونية وذلك بما تمليه على بعضهم من الخضوع لبعض الاجراءات التي يخولها المشرع لسلطة القضاء ٠ فلا يجوز للنيابة العامة ان تتصالح مع المتهم بشان الجرائم التي يرتكبها ، الا اذا نص المشرع على خلاف ذلك ، وضمن شروط معينة[٢]. ولا تملك ان توقع على المتهم عقوبة دون محاكمة ولو ارتضى ذلك لاي سبب كان ٠ فلا بد من وجود دعوى جزائية يخلص القاضي في نهايتها الى اصدار حكمه بحق المتهم ، وبغير ذلك تفقد العقوبة شرعيتها ٠ اذ لا عقوبة دون محاكمة ٠

ويترتب على اعتبار القاعدة الاجرائية قاعدة آمرة ، ان لا تكون هناك قواعد مكملة او مفسرة لارادة المتعاقدين كما في القانون الخاص (المدني) ٠ وكل ما يمكن التسليم به هو وجود قواعد مقررة لصالح المتهم يجوز له ان يتنازل عن التمسك بها ٠

فالعبرة دائما بارادة القانون لا بارادة اطراف الدعوى ٠ واذا لم تطبق قاعدة اجرائية معينة برضاء من كانت مقررة لصالحه ، حلت محلها قاعدة اخرى آمرة[٣].

واذا كانت هنالك بعض القواعد التي تبدو في ظاهرها قواعد غير آمرة ، فان امعان النظر بها يبين لنا انها – بخلاف ظاهرها – قواعد آمرة وملزمة لمن باشرها ٠

فالمادة (٤٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية –مثلا– تخول المدعي العام تكليف احد رجال الضابطة العدلية ممارسة بعض الاعمال الاجرائية التي هي من اختصاصه ، وذلك في الحالة التي يجري فيها التحقيق بنفسه ٠ ولكن الصفة الامرة في هذه القواعد تظهر من خلال الالتزام بما تتضمنه القاعدة المنظمة للاجراء موضوعا وشكلا ٠ فهو–أي المدعي

---

[١] ينظر في هذا الشان المواد من ٥٢ – ٦٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمواد ٣٣٤ ، ٣٤٤ ، ٤٤٥ ، ٣٤٨ ، من قانون العقوبات٠

[٢] د محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط٢ ،١٩٨٨ ، ص٦ ٠ يبدو ان مشرعنا في القانون المعدل لقانون الجرائم الاقتصادية قد توسع في منح النيابة العامة اجراء المصالحات المختلفة بشان الجرائم الخاضعة لاحكام هذا القانون مهما بلغت قيمة الاموال محل الجريمة ٠ وقد اجرت نيابة امن الدولة العديد من المصالحات في بعض الجرائم الهامة واوقفت ملاحقة الاشخاص الذين قاموا بدفع المبالغ المطلوبة منهم ٠

[٣] د ٠ رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٥٨

العام- في خيار بين ان يمارس العمل الاجرائي او لا يمارسه ، اما اذا اتخذ قرار الممارسة فيكون ملزما بالشروط المطلوبة في القاعدة الاجرائية ٠ ومن هنا تظهر الصفة الامرة فيها ٠

ثانيا : طبيعة وخصائص القاعدة الاجرائية الجنائية ٠

تتصف قواعد قانون اصول المحاكمات الجزائية بخصائص معينة بعضها تشترك فيها مع غيرها من القواعد القانونية ، والاخرى تنفرد بها بصفتها قواعد اجرائية جنائية ٠

فهي اولا قواعد – كغيرها من القواعد القانونية – تتوافر فيها عناصر العمومية والتجريد والالتزام والحياد والموضوعية ٠ وتاسيسا على ذلك ، لا يجوز وضع قواعد اجرائية تخص قضية بعينها ، او متهما بعينه ٠ وكل قاعدة تخالف مبدا العمومية والتجريد تخرج عن اطار الشرعية[1].

فالقانون لا يخاطب اشخاصا بذواتهم ، وانما ينشئ او يعدل او يلغي المراكز القانونية التي تتسم بالعمومية بالنسبة لجميع الافراد ٠ وتقتضي طبيعة الحياد والموضوعية التي تتمتع بها القاعدة القانونية ، احترام مبدا المساواة امام القانون ، حيث يكفل القانون حقوقا وضمانات متساوية لجميع الافراد في مواجهة القواعد الاجرائية ٠

وتقتضي هذه الطبيعة – من جانب اخر – إكمال مبدا استقلال القاضي وعدم التاثير عليه احتراما لمبدا الفصل بين السلطات ٠

ولا يجوز الخروج عن مبدا الحياد والموضوعية عن طريق تعديل القواعد الاجرائية اثناء سير بعض الدعاوى او تغير قواعد الاختصاص ، او غلق اوجه الطعن ٠ فهو بالاضافة الى اعتباره اخلالا بمبدا الفصل بين السلطات ، فانه يعد اهدارا لصفة الحياد التي تتصف بها القاعدة الاجرائية والقانونية بوجه عام ٠

ويتفرع عن وضيفة الحياد والموضوعية التي يجب ان تتمتع بها القاعدة الاجرائية ، مبدا اخر، يتمثل في عدم جواز محاكمة الفرد الا امام قاضيه الطبيعي ، بحيث لا يكون القاضي محددا سلفا ، لمحاكمة شخص معين ، ولا يكون امر تحديده متوقفا على ارتكاب جريمة معينة وموجها نحو محاكمة مرتكب هذه الجريمة[2]. ومن خصائص القاعدة الاجرائية انها تصدر عن الدولة[3]. فهي تحد من طغيان السلطة التنفيذية على حقوق وحريات الافراد ٠ لانه يترتب عليها مجموعة من الاجراءات التي تحرسها الدولة – كسلطة قضائية – في مواجهة الدولة كسلطة تنفيذية او ادارية ٠

---

[1] د ٠ احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط٤ ١٩٨٨ ، ص٤٢

[2] حسن يوسف مقابله ، الشرعية في الاجراءات الجزائية ، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط١ ٢٠٠٣، ص٩٦

[3] د ٠ جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٢٢

والقاعدة الاجرائية قاعدة منفذة لغيرها من قواعد قانون العقوبات • فهي التي تمنح قواعد القانون الاخير الحركة وتنقلها من مجال السكون الى مجال الحركة والتطبيق • ولما كان القانون الجنائي قانونا قضائيا لا تطبق قواعده الا بعد صدور حكم يعلن فيه وقوع الجريمة ونسبتها الى فاعلها وتحديد العقاب المناسب ، فانه لا نفاذ لهذا الحكم الا عن طريق القواعد الاجرائية الجنائية •

وهي – كغيرها من القواعد القانونية – ملزمة • وتتعدد صور الجزاء في القاعدة الاجرائية ، فتكون على صورة جزاء اجرائي كالبطلان والسقوط وعدم القبول او على صورة جزاء يوقع على شخص متخذ الإجراء كالجزاءات المدنية والتاديبية والعقابية[١].

وقد يتمثل الجزاء في القاعدة الإجرائية في القهر المادي ، كما في حالة ضبط المتهم واحضاره بالقوة الى سلطة التحقيق ان لم يحضر من تلقاء نفسه[٢].

والواقع انه بالرغم من ان عنصر الجزاء احد العناصر المشتركة في القاعدة الموضوعية والاجرائية على حد سواء ، الا ان البحث عن هذا العنصر في القاعدة الاجرائية ليس بنفس اليسر الموجود في القاعدة الموضوعية •

واذا كان يغلب على القاعدة الموضوعية ان تتبع تحديد السلوك المجرم بالجزاء ، فان الامر على خلاف ذلك في القاعدة الاجرائية •فعادة ما تبين القاعدة الاخيرة وصفا للأسلوب الواجب اتباعه دون ان يرد الجزاء في نفس القاعدة لمن يخالف أحكامها، واذا اردنا معرفة الجزاء استلزم الامر البحث عنه في قاعدة اخرى ، بل ان شق التكليف او الحكم في القاعدة الاجرائية قد يتوزع في الموضوع الواحد بين اكثر من نص[٣].

من هنا تبدو صعوبة اكتشاف الجزاء المستحق على مخالفة القاعدة الاجرائية لعدم بيانه في اعقاب الشق المتعلق بالتكليف او الحكم •

---

(١) الجزاء سمة من سمات القاعدة القانونية •ويمكن تقسيم الجزاءات في اطار القاعدة الاجرائية الى قسمين : جزاءات تنفيذية غايتها اقامة التوازن الذي اخلت به مخالفة القاعدة الاجرائية حيث يدخل الجزاء الاجرائي ضمن هذا المعنى • وجزاءات تقويمية توقع على شخص متخذ الإجراء مستهدفه تقويمه او ايلامه عن طريق اهدار حق او مصلحة تعود له • د • عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١٣٣ ، د • معتصم مشعشع ، بطلان الاجراءات الجزائية ، مجلة دراسات ، الجامعة الاردنية ، ١٩٩٩ ، العدد الثاني ، ص٤١١ •

(٢) ومن صور الجزاء كذلك قهر غير الخصوم على اداء الالتزام بمساعدة العدالة ، ورد القضاة والخبراء وعدم الاختصاص • انظر بتفصيل ذلك د • رمسيس بهنام ، الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، المرجع السابق ، ص ص ٥٦ – ٥٧

(٣) فاجراءات المحاكمة – مثلا – لدى المحكمة البدائية تتوزع على اكثر من مادة من مواد القانون ، وكذلك الامر بالنسبة لاجراءات المحاكمة امام المحاكم الاخرى •

وربما يصل الامر الى القول ؛ بان الاصل في الجزاء في القاعدة الاجرائية ان لا يستوعبه الشق المتعلق بالتكليف او الحكم ، بل يرد في نص او نصوص مستقلة تأتي عادة في فصل مستقل تشمل احكامه كافة اجراءات الدعوى[١].

وقد يتجاوز الجزاء – كما سلف بيانه – حد عدم ترتيب الاثر على الإجراء المعيب الى حد ايقاع العقاب على متخذ الإجراء سواء بصورة جزاء تاديبي او عقوبة جزائية .

وخلاصة القول ان شق التكليف في القاعدة الاجرائية قد يتوزع بين اكثر من نص من نصوص القانون ، وان الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة الاجرائية قد يتخذ صورة الجزاء التأديبي او الجنائي او التزام المتهم بالخضوع لاوامر القبض والتوقيف وما شابهها ، او قد يتمثل باحد الجزاءات الاجرائية ، والتي يأتي في مقدمتها البطلان .

واخيرا تمتاز القواعد الاجرائية بطبيعة نسبية ، فهي لا تخاطب جميع المواطنين كالقواعد الواردة في قانون العقوبات ، بل يقتصر توجيه الخطاب فيها الى الاشخاص الاجرائين . فحتى تلك القواعد التي تخاطب جمهور الحضور في جلسات المحاكمة تبقى نسبية وتوجه الى فئة معينة ، ترتب عليهم التزاما بالامتثال للاوامر والقرارات الصادرة عن القاضي وفق احكام القانون[٢].

ثالثا :اهداف القاعدة الاجرائية الجنائية

تهدف القواعد الاجرائية – بوجه عام – الى حماية المجتمع من مخاطر الاجرام ، عن طريق الكشف عن مرتكبي الجرائم وتوقيع العقاب المناسب بهم .

كما تستهدف هذه القواعد على وجه الخصوص تحقيق امرين : الاول تحديد السلطات القائمة على امر التجريم في المجتمع سواء من حيث تشكيلها او من حيث سلطاتها ، والثاني تحديد القواعد المتعلقة بسير الخصومة الجنائية منذ وقوع الجريمة ونشوء حق ملاحقة الجاني للدولة حتى صدور حكم نهائي في الدعوى العامة وتمام تنفيذه[٣].

والواقع ان تحقيق هذه الاهداف يؤدي الى رعاية مصلحة المجتمع والافراد على حد سواء وبالقدر الذي تنجح فيه هذه القواعد في اقامة التوازن بين هاتين المصلحتين بقدر ما تكون مثالية .

---

[١] والواقع ان هذه القاعدة لا تعني انه لا توجد قواعد اجرائية تتحدث عن اسلوب العمل او الشق المتعلق بالتكليف وتتبعه بالجزاء في نفس القاعدة ومثالها ؛ تلك النصوص التي بنيت في متنها ان مخالفة القاعدة الاجرائية يترتب عليه البطلان او السقوط او عدم القبول . انظر على سبيل المثال المادتين ٦٣ ، ١٠٠ ، من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

[٢] د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٤٥ .

[٣] د . محمد زكي ابو عامر ، الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص١٠ .

- فمن حيث استهداف القواعد الاجرائية للمصلحة العامة ؛ ينبغي بعد وقوع الجريمة ونشوء حق الدولة في عقاب المتهم ، ان تتم المبادرة الى السرعة في الكشف عن الجريمة وضبطها وبيان علاقة الفاعل بها وانزال العقاب المناسب به ، اذا ثبت ارتكابه للجريمة . لذلك فان قيمة القانون الجنائي لا تتوقف على ما ينطوي عليه هذا القانون من عقوبات شديدة ، بقدر ما تتوقف على ما ينطوي عليه قانون اصول المحاكمات الجزائية من سرعة وتيقن[١].

- اما استهدافها صالح الفرد ، فان المطالبة بسرعة المحاكمة يجب ان لا يترتب عليه اهدار حقوق المتهم في الدفاع عن نفسه ، فهو حق من اقدس الحقوق ، وهذا يعني ان قواعد قانون اصول المحاكمات الجزائية تحقق مصلحة الفرد في ان لا يدان برئ ، ولا تتجاوز الادانة المساهم الحقيقي في الجريمة بحيث تطال غيره دون وجه حق .

كما ينبغي ان تكون قواعد الاجراءات الجنائية بسيطة وغير معقدة وواضحة ، حتى يكون القاضي والمتهم وباقي اطراف الخصومة على بينة من امرهم . لذلك يتولى المشرع تحديد اصول الادعاء والمحاكمة وجميع المطالبات القضائية والمحاكمة وتنفيذ العقوبة .

وقد تهدف القواعد الاجرائية الى تحقيق المصلحة العامة ومصالح الافراد على حد سواء ، فلا يجب ان توقع على الجاني الا العقوبة الملائمة لخطورته ، بحيث لا تكون قاسية فيظلم ولا تكون ضئيلة تسمح له بالعودة الى طريق الجريمة . ولا يتمكن القاضي من الوصول الى العقوبة الملائمة او تطبيق مبدا تفريد العقوبة ، الا اذا كان على بينة من ظروف المتهم السابقة والمعاصرة لارتكاب الجريمة . لذلك ، يجب ان تحتوي قواعد قانون اصول المحاكمات الجزائية على احكام تكفل للقاضي الالمام بالمعلومات المتصلة بالجاني[٢] .

وقد يبدو التعارض بين الهدفين السابقين – مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد – واضحا حيث يقتضي الاول السرعة ، بينما يتطلب الثاني التاني والتريث وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه بكفاءة واقتدار .

ولكن هذا التعارض ظاهري سرعان ما يزول عندما يتم تحقيق التوازن بين المصلحتين ، فلا تتم المغالاة في اهدار مصلحة المجتمع في سبيل تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه ولا يهمل حق المجتمع في ملاحقة ومحاكمة مرتكب الجريمة[٣].

---

[١] د . علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، الكتاب الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٢٠٠٢ ، ص٧ .

[٢] د . محمد سعيد نمور ، دراسات في فقه القانون الجنائي ، الخطورة الاجرامية ، ط٢٠٠٤ ،ص ٧

[٣] د . علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص٨

والحقيقة ان مصلحة المجتمع في معاقبة كافة المجرمين ، وما تستوجبه من ضرورة ان تتمتع القواعد الاجرائية بالصرامة ، حتى لا يفلت مجرم من العقاب ، يجب ان لا تكون على حساب الاعتداء على الحريات الشخصية او الانتقاص منها .

وهكذا يتضح ان قواعد قانون الاجراءات تشكل الاطار الذي يجب على الدولة ان تعمل ضمن نطاقه عند ممارستها لحقها في العقاب . فهي تحمي حريات وحقوق الافراد التي كفلتها الدساتير وكافة الاعلانات والمواثيق العالمية ذات العلاقة[١].

رابعا: استقلالية القاعدة الاجرائية الجنائية

يمكن بيان مدى استقلالية وذاتية القاعدة الاجرائية اتجاه القواعد الاخرى ، الجنائية او المدنية والصلات التي تربط بين تلك القواعد في البندين التاليين :-

أ : استقلال القاعدة الاجرائية الجنائية عن القاعدة الموضوعية .

تنظم الدولة حقها في العقاب ضمن مجموعتين من القواعد ، الاولى هي تلك القواعد الموضوعية الواردة في قانون العقوبات والتي تعنى بتحديد الجرائم ووضع العقوبة المقررة لها والثانية هي تلك القواعد الشكلية الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تطبق عند وقوع الجريمة ، وتحدد الاجراءات التي تتعلق بضبط الجريمة والتحقيق بها ، والقبض على فاعلها ، ومحاكمته ، وتنفيذ العقوبة الصادرة ضده ، وتنظيم السلطات المختصة بذلك [٢].

ويحدد قانون العقوبات نشاة حق الدولة في توقيع الجزاء على الجاني ، بينما يتولى قانون اصول المحاكمات الجزائية تنظيم التجاء الدولة الى القضاء للمطالبة بحقها في توقيع العقاب على مرتكب الجريمة ، ويتضح لنا بذلك مدى الترابط ما بين قواعد القانونين ، بحيث يصعب تصور وجود أي منهما مستقلا عن الاخر .

واذا كان من الممكن تصور وجود أي من القانونين دون الأخر من الناحية النظرية ، فانه من غير المتصور وجود احدهما من الناحية العملية في معزل عن الاخر[٣]. فبدون قانون

---

(١) نص الدستور الاردني في الفصل الثاني منه على جملة من حقوق وحريات الأردنيين.

(٢) د . جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٣ ، فاروق الكيلاني ، محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، مكتبة النهضة المصرية ، ج١ ، ط١ ، ١٩٨١ ، ص١٤

(٣) من الفقهاء من يرى انه بالرغم من عدم تصور تطبيق قانون العقوبات في مجتمع متحضر بدون قانون للاجراءات الا ان هذا القول يرد عليه تحفظ مؤداه بان قانون العقوبات يؤدي دوره في الردع العام دون عون من قانون الاجراءات . كما يتصور تطبيق قانون الاجراءات دون ان ترتكب جريمة عندما تثور شبهات وتتخذ الاجراءات بناء على ذلك . ثم يتبين انه لم ترتكب جريمة فيصدر الحكم بالبراءة . والواقع انه من الصعب التسليم بهذا الراي طالما ان الردع يتطلب تطبيقا للقواعد على مرتكبي الجرائم ، فاذا لم تكن هنالك أي امكانية للتطبيق فما مدى قدرة تلك القواعد على الردع ؟ انظر د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص١٣ كما يضيف بعض الفقهاء بانه اذا كان من المتصور وجود قانون عقوبات بدون قانون اجراءات الا ان العكس غير-

اصول للمحاكمات الجزائية تبقى قواعد قانون العقوبات معطلة وغير قابلة للتطبيق ، ما لم توجد قواعد اجرائية تجعلها ممكنة التنفيذ[١].

واذا تصورنا وجود قانون للعقوبات دون قانون للاصول الجزائية فان الوضع يسير في النهاية الى احد امرين ، اما ان تفقد قواعد قانون العقوبات قوتها التنفيذية فتصبح مجرد كلام غير قابل للتطبيق ، واما ان تطبق قواعده على نحو عشوائي لا يخلو من الميل والهوى والتعدي على حقوق الافراد . ويمكن ايجاز هذا الوضع بالعبارة التي تقول " لا عقوبة دون حكم قضائي " يكون ثمرة اعمال القواعد الاجرائية[٢]

وتظهر – أيضا – قدرة القواعد الاجرائية في الكشف عن الاتحاد ما بين الجزء الخاص بالتجريم والجزء المتعلق بالعقاب في قواعد قانون العقوبات ، حيث تعد القواعد الاجرائية الوجه العملي لاتحاد شقي التجريم والعقاب في القاعدة العقابية ، وهي المحرك الفعال لقانون العقوبات منتقلة من دائرة السكون والتجريد الى دائرة الحركة والتطبيق . فكلا القانونين يكمل أحدهما الاخر ، وهما وجهان لعملة واحدة ، لا يستغنى عن أي منهما ، ويسهمان في قيام الكيان الموضوعي للقانون الجنائي بشقيه[٣].

والواقع ان نجاح أي مشرع في وضع قانون للعقوبات يتوقف الى حد كبير على قدرته في وضع نظام اجرائي فعال ، يكفل تحقيق الهدف من العقاب ، في اطار مبدا المشروعية الحامي لحقوق وحريات الافراد . ولهذا قيل – بحق – ان من يتقن وضع قانون للعقوبات ثم لا يتقن وضع قانون للاجراءات فكانما يشيد قصرا في الهواء[٤].

وقد عبر بعض الفقهاء الإيطاليين عن مدى الترابط بين القانونين بالقول ؛ بان هنالك مركزا تبادليا بين حقين للدولة : حقها الشخصي في توقيع العقوبة على الجاني ، وهو ما يسمى بالحق الغائي ، وحقها الشخصي في ان تلجا الى الخصومة الجنائية اذا ارادت ان تتوصل الى الحق الاول[٥].

متصور . لان الاخير هو قانون تابع للاول . وفكرة التبعية هذه تعد الخطوة الاولى نحو التفرقة بين قواعد القانونين . د . محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مطبعة جامعة القاهرة ط١٢ ، ص٣

[١] ولا يوجد مثل هذا الترابط – مثلا – بين قانوني اصول المحاكمات المدنية والقانون المدني او التجاري ،وذلك لان القانونين وضعت قواعدهما لتطبق اصلا بالتراضي ، حيث يعتبر الالتجاء الى القضاء طريقا استثنائيا بخلاف القانون الجنائي الذي يعتبر قانونا قضائيا . د . عاطف النقيب ، اصول المحاكمات الجزائية ، دار المنشورات الحقوقية،ط١ ١٩٩٨ ، ص١٩

[٢] د . محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص٣١

[٣] S . DANDO : Japanese Criminal Procedure , (Translated by B . J George) Fred B . Rothman andco . Soyth , Hackensack , N . J , ١٩٦٠ . P٢٤ . مشار اليه لدى د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص١٦

[٤] DANDO , op . cit , P ٢٤

[٥] Forsali , Sistema Penale italiana , ١٩٥٨ , P٨ مشار اليه لدى د . عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص٦٨

وعلى الرغم من العلاقة الوثيقة بين القانونين ، فان كلا منهما يتميز عن الاخر بمضمونه وخصائصه ومنهجه الذاتي المستقل • فمن المعلوم ان قواعد التجريم لا تنطبق بأثر رجعي الا اذا كانت اصلح للمتهم • بخلاف القواعد الاجرائية ، كما ان قواعد القانون الجنائي الموضوعي لا يمكن القياس عليها كقاعدة عامة ولا يتوسع في تفسيرها وذلك على العكس من القواعد الاجرائية •

وفي اطار المعايير التي تميز بين قواعد كل من القانونين تم انتقاد المعيار الشكلي على سند من القول ؛ بان المشرع لم يعتمد مثل هذا المعيار عندما وضع بعض القواعد الموضوعية ضمن قانون الاصول ، وبعض القواعد الاجرائية ضمن قانون العقوبات[١]• ويؤخذ على هذا المعيار انه معيار غير علمي ، لان موضع القاعدة لا وزن له في تحديد جوهر القاعدة ذاتها ، طالما ان النوعين من القواعد يمكن ان يتواجد ضمن أي من القانونين ، وعلى النحو الذي سبقت الاشاة اليه•

ويرى جانب اخر من الفقه ان المعول عليه في هذا المجال هو " الغاية " التي تستهدفها القاعدة • فالقاعدة الموضوعية تستهدف حماية المجتمع من الافعال التي تشكل جرائم ، وهي بالتالي ضد الافراد وليست لصالحهم • وهذا بخلاف القواعد الاجرائية التي تستهدف دائما مصلحة الفرد[٢]• يبدو ان من اخذ بهذه التفرقة قد وضع في تقديره العبارة المشهورة التي تقضي بان قانون الاجراءات هو قانون الشرفاء ، بينما يعد قانون العقوبات قانون المجرمين •

يتضح عدم صحة هذا الراي • فقد يتضمن قانون العقوبات قواعد لصالح مرتكب الجريمة كالقواعد المتعلقة باسباب الاباحة او التبرير ، او القواعد المتعلقة بوقف تنفيذ العقوبة او تخفيضها ، اوقواعد التقادم • ومن ناحية ثانية فقد يتضمن قانون الاجراءات بعض القواعد التي يمكن ان تكون ضد مصلحة المتهم ، كالقرارات الصادرة بتوقيف المتهم او القاء القبض عليه وكافة الاجراءات التي تحد من حريته او تلك التي تلغي طريقا للطعن او تقصر مددها[٣]

---

[١] لقد نص المشرع على بعض القواعد الاجرائية في قانون العقوبات مثل القواعد الخاصة بالشكل في جريمة الزنا • (المواد ٢٨٤ – ٢٨٦) من قانون العقوبات او تلك القواعد المتعلقة باجراءات قرار وقف التنفيذ (المادة ٥٤ مكررة) • ونص كذلك على قواعد موضوعية ضمن قانون الاصول كجريمة امتناع الشاهد عن الحضور (المادة ٧٥ / ٢) من قانون المحاكمات الجزائية ومخالفة الشخص للاحكام الواردة في المادة ٣١ من نفس القانون حيث يحكم قاضي الصلح على الشخص الذي طلب منه المدعي العام عدم المغادرة بالحبس التكديري او الغرامة حتى خمسة دنانير • وانظر كذلك د • محمد علي سالم الحلبي ، الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١٩٩٦ ، ج٢ ، ص١١٠

[٢] د • عمر السعيد رمضان ، مباديء قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص٢٦

[٣] د • محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص١١

اما المعيار الثالث فهو الذي يستند الى " جوهر " ومضمون القاعدة ٠ لا على موقعها من التشريع او الغاية منها ٠ لذلك تستاثر القواعد الموضوعية بتنظيم حق الدولة في العقاب ، بينما تتولى القواعد الاجرائية تحديد اشكال واساليب اقتضاء هذا الحق امام السلطة القضائية، واذا خولفت القاعدة الاجرائية فلا يوصف العمل بعدم الشرعية ، وانما يوصف بالبطلان٠

اذا ، قد تحتوي قواعد كل من القانونين الموضوعي والاجرائي قواعد متفق على انتمائها للقانون الاخر بالنظر الى طبيعتها ، الامر الذي يصعب معه التمييز بين القاعدة الشكلية والموضوعية على اساس موقع كل قاعدة من هذين القانونين ٠

وقد زاد من صعوبة الامر ان من القواعد ما ورد النص عليها في القانونين معا ٠ فقاعدة تحريك دعوى الحق العام بناء على شكوى في بعض الجرائم ورد النص عليها في المواد ٢٥ –٦٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ٠ كما ورد النص عليها في بعض المواد المتفرقة في قانون العقوبات[١].

ولا يجدي القول بان قاعدة ما تكون موضوعية واجرائية في آن معا ، او انها ذات طبيعة مختلطة ، لانه لابد من تحديد طبيعة كل قاعدة ٠ وعلى هدي ذلك تظهر الاثار العملية لتطبيقها لان التفريق بين القاعدتين – وكما سبق القول – يترتب عليه نتائج هامة ، ياتي في مقدمتها اعمال مبدا القانون الاصلح للمتهم وعدم اعمال القياس في حال التقدير بان القاعدة ذات طبيعة موضوعية٠

ولقد اثارت بعض القواعد الخلاف بين الفقهاء حول طبيعتها ٠ فمنهم من اعتبرها قواعد موضوعية، وبعضهم الاخر اعتبرها قواعد شكلية ٠ وعلى اية حال يمكن الحديث عن قاعدتين من هذه القواعد وهما ، قاعدة التقادم ، وقاعدة تعليق الدعوى على شكوى او ذن او طلب ٠

– القواعد المتصلة بالتقادم٠

وهي تلك القواعد التي تنظم سقوط حق الدولة في توقيع العقوبة على الجاني بانقضاء مدة معينة دون ان تعلن تمسكها به ،او تحرك الدعوى اثناءها ، او دون ان تتخذ العقوبة خلالها ٠ سواء علمت بذلك الحق ام كانت تجهله[٢].

يرى جانب من الفقه ان هذه القواعد ذات طبيعة شكلية ، استنادا الى منهج التشريعات في تنظيمها او التي توردها ضمن القوانين الاجرائية ٠ ويضيف انصار هذا الراي القول بان

---

[١] انظر على سبيل المثال المادتين ٣٤٥ ، ٣٤٤ ، من قانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

[٢] د ٠ عبد الفتاح الصيفي ، تاصيل الاجراءات الجنائية ، ط٢٠٠٢ ، د٠ن ،ص٨٠ ، د ٠ محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق، ص٥١٨

القواعد التي تنظم الدعوى العامة وتلك التي تنظم العقوبة تعتبر في ذاتها قواعد شكلية . لذلك فان القواعد التي تسقط الدعوى او تنهي العقوبة تعتبر قواعد شكلية[١].

والواقع ان هذا الراي ليس بمنأى من النقد ، ذلك ان العبرة بمضمون وجوهر القاعدة وليس بغايتها او بتبعيتها[٢].

بالمقابل ، نجد من يرى انضمام هذه الطائفة من القواعد الى القانون الموضوعي ،ويستند في ذلك الى القول ؛ بان التقادم في جوهره يتضمن صفحا من الدولة عن الجاني ، وتنازلا من جانبها عن هذا الحق ، وان ما يتصل بحق الدولة في تقرير العقاب او الغائه او تعديله يتبع القانون الموضوعي . اما الشكل الذي يصبح فيه صفح الجماعة فعالا ومنتجا لاثاره في انهاء حق الدولة في العقاب فيتبع القانون الاجرائي او الشكلي .

فالمعيار وفقا لهذا الراي يستند الى الاسترشاد بالنتيجة التي يحدثها تطبيق القاعدة في قضية ما. فان كانت تلغي او تعدل او تنشئ حق الدولة في العقاب فانها تعتبر موضوعية ، وان كانت النتيجة تنصب فقط على رسم طريق او منهج عمل القاعدة كانت اجرائية .

وبناء على ما سبق ، فالقاعدة المحددة لمدة التقادم تعد قاعدة موضوعية . اما القاعدة المحددة لاسلوب انقطاع التقادم فتعد قاعدة شكلية[٣].

- القواعد المتعلقة بالشكوى .

من الفقهاء من يرى ان القواعد التي تنظم القيود الاجرائية – كالشكوى او الاذن – تعد من القواعد الشكلية ، لان القاعدة التي تنشئ حق الدولة في العقاب تعتبر قاعدة موضوعية . بينما تعتبر القاعدة التي تبين كيفية تقديم الشكوى قاعدة شكلية .

وبالمقابل يتجه الراي الاخر ، الى اعتبار هذه القواعد من القواعد الموضوعية . ولعل الراي الراجح هو الراي الذي يفرق بين قواعد الشكوى التي ينشأ بمقتضاها حق للدولة في تحريك الدعوى ، او تلك المتعلقة بعدم نشوء هذا الحق ، حيث تعتبر مثل هذه القواعد التي

---

[١] في عرض هذا الراي والرد عليه انظر د . عبد الفتاح الصيفي ، النظرية العامة للقاعدة الاجرائية الجنائية ، المرجع السابق ، ص٧٣ ، يفرق جانب من الفقه الاردني بين تقادم الدعوى وتقادم العقوبة ، حيث يرى ان القواعد المتعلقة بتقادم العقوبة تنتمي الى قانون العقوبات في حين تنتمي قواعد تقادم الدعوى لقانون اصول المحاكمات الجزائية . وهو بذلك ينتقد موقف المشرع من النص على مدد التقادم في قانون اصول المحاكمات الجزئية . انظر د . كامل السعيد ، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات الاردني، ١٩٩٨ ، ص ص ٧٥٧ – ٧٥٩

[٢] د . رمسيس بهنام ، الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، المرجع السابق ، ص٦٠ ، يبدو ان الاجتهاد القضائي الفرنسي يتجه نحو اعتبار هذه القواعد من قواعد الشكل بعد تحوله عن راي سابق يخالفه ، انظر د . عاطف النقيب ، اصول المحاكمات الجزائية المرجع السابق ، ص٢١ ، د محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص٦٩

[٣] ورد النص على التقادم كاحد اسباب سقوط الدعوى العامة والعقوبة في المواد ٣٣٨ – ٣٤٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية . انظر د. محمد صبحي نجم ، قانون اصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة ، ط١ ، ٢٠٠٠ ، ص ١١

تنشيء او تعدل او تلغي المراكز القانونية المتعلقة بالشكوى ، قواعد موضوعية ٠ بينما تعتبر القواعد التي تحدد ميعادا للشكوى ، وكل ما يتعلق بكيفية تقديمها ، او تلك التي ترسم طريقا او اسلوبا تجري عليه الدعوى في تحويلها ، قواعد شكلية[١].

ب: استقلالية القاعدة الاجرائية الجنائية عن القاعدة الاجرائية المدنية

لم تكن التشريعات القديمة تفرق بين الاصول المتبعة في الدعوى المدنية عن الدعوى الجزائية غير ان التطور الذي لحق بالقواعد المتعلقة باجراءات الدعوى ادى الى انفصام عرى هذه الوحدة واستقلت كل منهما بالاحكام الخاصة بها[٢].

وتظهر ذاتية قواعد قانون الاجراءات في غايته الممثلة باعلان الحقيقة الواقعية او المادية في الدعوى الجزائية ٠

ان تحقيق مثل هذه الغاية يشكل الفيصل المميز بين قواعد الاصول الجزائية من جانب ، وقواعد الاصول المدنية من جانب اخر ٠ فاذا كانت قواعد الاصول المدنية تسعى الى حماية الحقوق الخاصة التي يلجا اصحابها الى القضاء " اجبارا " ليقدموا له ادلتهم ٠ ويعلن القاضي على اساسها الحقيقة القانونية او الشكلية في النزاع المطروح عليه ٠ فان قواعد الاصول الجزائية لا تسعى الا الى اعلاء الحقيقة الواقعية في مدى نسبة الواقعة الجرمية الى المتهم[٣].

وهذه الحقيقة " الواقعية " يجب ان تبقى واضحة عند تقرير أي اجراء او عند تقييمه ٠ فهي الغاية التي يسعى اليها كل اجراء من اجراءات الدعوى ، التي ثمرتها صدور حكم في الدعوى يعلن هذه الحقيقة[٤].

وتاسيسا على الفكرة السابقة ، فانه يمكن القول بان الخصوصية التي تتمتع بها قواعد قانون الاصول الجزائية تجعل من تطبيقه احد مهام الدولة الرئيسية ٠

اما تطبيق قواعد القانون الاخرى وخاصة الاصول المدنية ، فليست سوى وسيلة لحماية الحقوق الخاصة ٠ لذلك كان الخضوع لقواعد القانون الجنائي حتميا ومنفصلا عن ارادات اطراف الخصومة الجنائية على خلاف القواعد القانونية الاخرى ٠

وعلى الرغم من الاصول التاريخية الواحدة لقواعد قانوني الاصول الجنائية والمدنية ، ووجود بعض الخصائص المشتركة بينهما ، من حيث اشتمالهما على قواعد اجرائية او شكلية تتولى تنظيم ممارسة الدولة – بصفتها شخصا معنويا – لسلطتها القضائية ٠ وبالرغم من الخصائص الذاتية التي تتمتع بها قواعد كل من القانونين ، فقد اختلفت الاراء حول مدى

---

[١] د ٠ رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٦٠

[٢] د ٠ عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص٢٧

[٣] د ٠ محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص١٧

[٤] د ٠ محمد زكي ابو عامر ، شائبة الخطأ ،دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص٢٣

اعتبار قواعد قانون اصول المحاكمات المدنية قواعد عامة بالنسبة لقواعد اصول المحاكمات الجزائية. وجواز الاحالة في القانون الاخير على القانون الاول ، وما هو الحكم في حال السكوت عن الاجابة ؟

والواقع ان مشكلة الرجوع الى قواعد قانون اصول المحاكمات المدنية لا تظهر في حالتي تعرض قانون اصول المحاكمات الجزائية للمسالة ضمن قواعده ، اذ لا محل للرجوع في هذه الحالة الى قانون الاصول المدنية. وكذلك الامر لا توجد مشكلة في الحالة التي ينص فيها المشرع صراحة على الاحالة الى قواعد قانون الاصول المدنية[١]. اذ يجب في هذه الحالة تطبيق هذه القواعد لا باعتبارها قواعد في قانون الاصول المدنية ، بل باعتبارها قواعد اجرائية جزائية[٢].

اذا ، ما هو الحكم في حالة عدم النص على الاحالة ؟

جانب من الفقه ، يرى انه يجب عدم اعتبار قانون اصول المحاكمات المدنية قانونا عاما بالنسبة لقانون الاصول الجزائية ، لان القول بخلاف ذلك لا يستند الى دليل صحيح . فالذاتية التي يتمتع بها كلا القانونين والمبادئ التي تحكم قواعدهما ، تختلف جذريا عن الاخر[٣].

وبخلاف الرأي الاول ، يتجه جانب اخر من الفقه الى اعتبار قواعد قانون الاصول المدنية قواعد عامة بالنسبة للاصول الجزائية . ويجب الاخذ بها ما لم يرد نص مخالف[٤] .

والى هذا الراي ذهبت بعض احكام القضاء . فقد قررت محكمة التمييز في قرار حديث لها ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية يعتبر قانونا عاما بالنسبة لقانون اصول المحاكمات الجزائية ، ويرجع اليه في حالة خلو الاخير من النص على الحالة المبحوث عنها[٥].

---

[١] احالت المادة ١٤٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية فيما يتعلق بتبليغ الاوراق القضائية على الاحكام والاصول المعمول بها في قانون اصول المحاكمات المدنية مع مراعاة الاحكام الخاصة في الاصول الجزائية

[٢] د . محمد زكي ابو عامر ، الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٤

[٣] د . رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٦٧ ، د . عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص٩ ، د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ن ص٣٢

[٤] د . رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية ، دار الجيل للطباعة ،١٩٨٥ ، ص١٣ ، علي زكي العرابي ، المبادئ الاساسية في الاجراءات الجنائية ، ج١ ، ١٩٥١ ، ص١ ، د . توفيق الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية ، ط١٩٥٣ ، ص٤

[٥] تميز جزاء ٢٠ / ٢٠٠١ ، مجلة نقابة المحامين ، السنة الخامسة ، عدد٢ ، ص٣٩٧ ، ومن قرارات محكمة النقض المصرية انظر ، نقض ٢٦ فبراير ، ١ نوفمبر ١٩٥٤ ، ٣٠ مايو ١٩٥٥ ، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاما ، ج١ ، ص٩١٩ مشار الى هذه القرارات لدى د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٣٠ هامش١ ، ونقض ١٩٧/٤/١٣ الطعن رقم ١٨٦٤ سنة ٣٩ ، س١ ، ص٥٨٣ منشور لدى سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض المدني الجنائي في البطلان خلال اثنين وستين عاما ، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية ، ١٩٣١ – ١٩٩٢ ، ص٣٤٩ ، نقض ليبي ١٣ يناير ١٩٦٢ قضاء المحكمة العليا الجنائية ، ج٣ ، ص٩ مشار اليه لدى د . عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص٩٠ ، هامش ١

ولعل الراي الاقرب الى محجة الصواب هو الرأي الذي يقول اصحابه فيه بعدم قبول قانون الاصول المدنية كقانون عام يرجع اليه عند خلو قانون الاصول الجزائية في معالجة مسالة اجرائية معينة ٠ وذلك لاختلاف الدور الذي يقوم به كل من القانونين ٠

لذلك يجب على القاضي ان يبحث عن الحل الذي يضطلع به قانون اصول المحاكمات الجزائية في اطار الشرعية الاجرائية التي سوف نتحدث عنها بعد قليل ٠

والحل يكمن في الاستعانة بجميع طرق التفسير ومنها القياس ، فاذا كان القياس جائزا في مجال الاصول الجزائية ، فانه لا يوجد ما يمنع من العمل في جزئية اجرائية جزائية بما هو مقرر في قانون الاصول المدنية ما دام لا يتعارض مع نص صريح او مبدا عام في الاصول الجزائية[١].

وفي هذه الحالة يطبق القاضي الحل الذي توصل اليه لا بوصفه من حلول قانون الاصول المدنية ، وانما استنادا الى تفسيره لقانون الاصول الجزائية ، بحكم انتماء القانونين الى نظام قانوني واحد ٠ و تسودهما افكار مشتركة[٢].

خامسا : النطاق الشخصي للقاعدة الاجرائية٠

تخاطب القاعدة الاجرائية كل مكلف بها سواء كان من الموظفين العموميين كالقاضي واعضاء النيابة العامة ، او المتهم ، او الاخرين الذين تخاطبهم القاعدة الاجرائية بصورة او باخرى ٠ وهي بالنتيجة تتوجه بالخطاب الى جميع الاشخاص الذين تضع القاعدة على كاهلهم عبئا او التزاما وتعطيهم بالمقابل رخصة اوحقا او سلطة[٣].

وتحدد القاعدة الاجرائية مراكز المخاطبين بها على نحو يتفاوت بين الحق والسلطة والرخصة والالتزام ٠

فالقواعد المنظمة للدعوى الجزائية تعطي النيابة حقا ، في حين تضع على كاهل القاضي التزاما بالفصل في الدعوى وتضع على المتهم واجب الاذعان للحكم ٠ كما ان صاحب الحق في الشكوى لديه " رخصة " في استعمالها او عدم استعمالها ٠ وقد تخاطب القاعدة اشخاصا من غير خصوم الدعوى ، كالشهود والخبراء والناس الحاضرين جلسات المحاكمة ، فهؤلاء عليهم التزام تتفاوت درجته من شخص الى اخر ، ويترتب على المخالفه جزاء قد يصل الى عقوبة جزائية[٤].

وبناء على ذلك فان القاعدة الاجرائية تتوجه بالخطاب الى كل من :

---

[١] رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٦٧

[٢] د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٢

[٣] د ٠ جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٢٣

[٤] د ٠ جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٢٢

- الموظفين العامين المعتبرين اشخاصا اجرائين ، كالقاضي واعضاء النيابة العامة ومساعديهم من كتبة ومحضرين ورجال الضابطة العدلية ٠

- اطراف الدعوى العامة كالمتهم والمجني عليه والمسؤول عن الحقوق المدنية ٠

- اطراف الدعوى من غير الخصوم والذين لهم دور غير مباشر فيها ، كالشهود والخبراء وجمهور الحاضرين جلسات المحاكمة الذين يقع على عاتقهم الالتزام بمراعاة النظام والتقيد بالتعليمات التي تصدرها المحكم اليهم والا تعرضو للمساءلة ٠ مع الاشارة الى الالتزام المفروض على الكافة اذا ما علم احدهم بوقوع جريمة من الجرائم الواردة على سبيل الحصر ولم يقم باعلام الجهات المختصة بها ٠

والاصل ان القاعدة الاجرائية تخاطب كل من يوجد على اقليم الدولة من افراد ، سواء اكانوا مقيمين او غير مقيمين ، ووطنين كانوا او اجانب ٠ وبالرغم من عموم هذه القاعدة فان لها استثناء يخرج بمقتضاه مجموعة من الاشخاص من حكمها ، كرؤساء الدول الاجنبية ووزراء الخارجية واعضاء السلك الدبلوماسي وممثلي الهيئات الدولية المعترف لها بمثل هذا الامتياز ٠ ويعود مصدر الامتياز الممنوح لهذه الفئة الى احكام القانون الدولي العام ٠ وفي مجال القانون الداخلي يتمتع رئيس الدولة ورئيس واعضاء مجلس الامة والقضاة بهذا الامتياز وذلك ضمن شروط واحكام معينة ٠

المطلب الثاني

العمل الاجرائي الجزائي

بعد ان بينت في المطلب الاول القاعدة الاساس لكل عمل اجرائي ، ساقوم في هذا المطلب بدراسة المبادئ العامة التي يقوم عليها العمل الاجرائي باعتباره محل البطلان ، ووسيلة القاعدة الاجرائية للتنفيذ ٠ وسيتم تناول هذا الموضوع ضمن فروع ثلاثة : الاول في تعريف العمل الاجرائي ، والثاني في بيان طبيعته ، والثالث في تقسيماته ٠

الفرع الاول

التعريف بالعمل الاجرائي وبيان ماهيته

تعددت تعريفات العمل الاجرائي باختلاف الزاوية التي ينظر منها اليه ٠ فيعرفه البعض بالنظر الى الاثار التي يرتبها ، بانه العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة انشاء او تسير او تعديل او انهاء الخصومة كرابطة قانونية(١).

---

(١) Chiovenda – Isituzioni di diritto processuall civile , ١٩٣٦ , p٣٧٥ مشار اليه لدى د ٠ عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص٩٩

وقريب من هذا التعريف عرفه البعض بانه العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة اثرا اجرائيا ، ويكون جزءا في الخصومة[١].

ويعيب التعريف الاخير بانه يقصر نطاق العمل الاجرائي على الاعمال التي تكون جزءا في الخصومة دون الاعمال الاخرى المؤثرة فيها[٢].

وهنالك من يعرفه على نحو اكثر سعة من التعريفات السابقة بانه ، كل اظهار لنشاط عام او خاص داخل الخصومة او من اجلها ويؤدي مباشرة الى التاثير في تطور رابطة الخصومة[٣].

واخيرا ، حاول جانب من الفقه الاردني المزج بين الاراء السابقة والخروج بتعريف واسع فضفاض ، ادخل بموجبه على العمل الاجرائي عناصر ليست فيه . حيث تم تعريفه بانه " كل عمل قانوني قصده المشرع في أي قانون ، وكان مؤثرا في الخصومة الجزائية ، سواء ممهدا او منشئا او مسيرا او منهيا لها بهدف الوصول الى تطبيق القانون الجزائي الاجرائي او الموضوعي[٤].

يبدو ان افضل التعريفات هو ذلك التعريف الذي يستند الى القاعدة الاجرائية التي تتولى تحديد مضمونه وشكله . حيث جاء في هذا التعريف بان العمل الاجرائي يتمثل في " حركة ارادية ، صادرة من ذي اهلية اجرائية ، تتولى قاعدة اجرائية تحديد مضمونه ، وتعين شكله ويترتب عليه مباشرة انشاء مركز اجرائي ، او التاثير على سيره ، او تعديله ، او انهائه"[٥].

يبين التعريف السابق بان العمل الاجرائي هو " عمل قانوني " وانه يتكون من عنصرين : احدهما موضوعي يتمثل بالنشاط ، والاخر شكلي ، وان لهذا العمل محل ينصب عليه النشاط الشكلي ، وان القانون يرتب عليه اثرا اجرائيا .

وبتطبيق التعريف السابق على احد اجراءات الدعوى ، وليكن امر المدعي العام في حالة الجرم المشهود ، باحضار احد الاشخاص من غير الموجودين على مسرح الجريمة[٦]. نجد انه يتضمن مقومين : احدهما موضوعي ، يتمثل في حركة صادرة عن المدعي العام في

---

[١] د . فتحي والي ،نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراة ، قام بتحديثها د. احمد ماهر زغلول ، ١٩٩٧ ، ص ٨١ ، وسيشار اليها فيما بعد باسم الدكتور فتحي والي

[٢] د . احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٤٤

[٣] Maneini , Trattato di diritto processuale penale ,p٢ مشار اليه لدى د . عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص٩٩

[٤] د . لؤي حدادين ، نظرية البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، عمان ، ط١ ، ٢٠٠٠ ،د.ن ، ص٧١

[٥] د . عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١٠٠

[٦] المادة ٣٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

صورة تحريك عضلة يده ليكتب الامر بالحضور او ليوقعه ان كتبه غيره • فالحركة الارادية هذه صادرة عن شخص اجرائي ذي اهلية اجرائية •

كما يشتمل مضمون هذا العمل على " تبليغ " او اعلان الشخص بالحضور لاستجوابه او سؤاله عن الجريمة • وبالاضافة الى المقوم الموضوعي ، يشتمل هذا العمل على مقوم اخر شكلي يتمثل بالكتابة ، وهي وسيلة الافصاح عن النشاط المذكور • وتنصب الكتابة على بيانات جوهرية مثل اسم الشخص المعني ولقبه ومحل اقامته ، وتاريخ الحضور ، وامضاء المدعي العام والخاتم الرسمي....

اما الاثر القانوني الذي يرتبه القانون في هذه الحالة ، فهو اثر اجرائي مؤداه انشاء سلطة اجرائية للمدعي العام يقابلها التزام من جانب الشخص المخاطب بالامر[١].

الفرع الثاني
طبيعة العمل الاجرائي وخصائصه

العمل الاجرائي هو عمل قانوني ، والاخير صورة من صور الوقائع القانونية • وقد اختلف الفقهاء في تقسيم الواقعة القانونية • واهم نظريتين وردتا في هذا المجال هما :

النظرية الاولى : قسمت الوقائع القانونية الى قسمين : وقائع طبيعية تحدث بفعل الطبيعة ، ولا دخل لارادة الانسان فيها ، كالموت والبراكين والزلازل وما شابهها ، يرتب القانون عليها اثارا قانونية ، فترتفع بذلك الى مرتبة الوقائع القانونية • والوقائع الاخرى هي الوقائع الاختيارية او البشرية والتي يكون مصدرها الانسان وبدورها تقسم الى تصرفات قانونية واعمال قانونية [٢].

النظرية الثانية : وفيها قسم الفقه الايطالي الوقائع القانونية الى وقائع طبيعية ، وهي التي يرتب القانون على مجرد وقوعها الاثار القانونية سواء كانت ناتجة عن فعل الطبيعة ام فعل الانسان ما دام ان ارادته لم يكن لها أي اهمية في النتيجة التي حصلت • ووقائع ارادية ، تقسم بدورها الى اعمال قانونية بالمعنى الضيق وتترتب عليها الاثار القانونية بغض النظر عن دور الارادة فيها • وتصرفات قانونية ، وهي اعمال ارادية تتبوأ فيها الارادة المكانة العليا [٣].

---

[١] د • عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١٠٢

[٢] لمزيد من التفصيل انظر ، د • احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ،مكتبة النهضة المصرية رسالة دكتوراة ، ١٩٥٩ ، ص٥٣

[٣] د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٥٤

وللتقسيم السابق اهمية بالغة في مجال الاعمال الاجرائية • فاذا كان من المتفق عليه ان الاعمال الاجرائية ليست داخلة في مجال الوقائع الطبيعية ، فان الخلاف واقع بين الفقهاء حول ما اذا كانت هذه الاعمال من قبيل التصرفات القانونية • ام انها من قبيل الاعمال القانونية •

من الفقهاء من يعتبرها من قبيل التصرفات القانونية ، حيث يكون لسلطان الارادة فيها الدور الرئيس • والواقع ان هذا الراي لا يستقيم مع طبيعة الاعمال الاجرائية التي يتولى القانون تنظيمها وتحديد اثارها القانونية دون اعتداد بارادة متخذيها او من يباشرونها[١].

وفي مجال الاعمال الاجرائية الجنائية نكون بصدد حركة ارادية صادرة عن شخص أهل اجرائيا ، ويرتب القانون على اعماله اثارا قانونية دون الاعتداد بالارادة • ولا يغير من اعتبار العمل الاجرائي عملا قانونيا بالمعنى الضيق ، ان تكون لمن يباشره حرية في مباشرته فدور الارادة يقتصر على ارادة مباشرة العمل او عدم ارادة مباشرته •فالقانون هو وحده الذي يرتب الاثار القانونية على العمل الاجرائي[٢].

اما خصائص العمل الاجرائي ، فيمكن بيانها في النقاط التالية :

اولا : العمل الاجرائي عمل قانوني وله غايته الخاصة به

هنالك مجموعة من الاعمال التي تسبق وقوع الجريمة او تلحق بها • ولا يمكن وصف جميع الاعمال السابقة او اللاحقة على وقوع الجريمة بالاعمال الاجرائية • فهنالك بعض الاعمال التنظيمية او الادارية يقوم بها موظفو المحاكم لتسهيل عمل القاضي ، مثل تسجيل القضايا او جدولتها او اخراج الملفات وتحضيرها ، فكل هذه الاعمال تعتبر اعمالا ادارية وليست اجرائية[٣].

لذلك ، فان ما يذهب اليه الراي الفقهي السائد[٤] من الربط بين العمل الاجرائي والخصومة ، بحيث يقتصر العمل الاجرائي على الخصومة او ما يتصل بها ، هو تعميم تأباه غايات بعض الاعمال الاجرائية ، فهنالك جانب من هذه الاعمال يستهدف التثبت من وقوع الجريمة ومعرفة مرتكبيها في مرحلة البحث الاولي او الاستدلالي •

---

(١) Leone , (Giovanni) , Trattato di Diritto processuule penle , p٥٩٧ ، المرجع السابق ، ص١١٢

(٢) هنالك مجموعة من الاعمال الاجرائية اثارت طبيعتها جدلا فقهيا ، منها ، اعمال الشهادة والخبرة والترجمة ، حيث يعتبرها البعض انها تصرفات قانونية في ضوء الدور الذي يقوم هؤلاء الاشخاص ، والذي لا يقف عند مجرد الاعلام بواقعة معينة الى اتجاه الارادة نحو تحقيق اثار قانونية هي احاطة القاضي علما بالحقيقة • والراجح انها اعمال اجرائية لا قيمة لارادة من يباشرها فكل ما يدلي به من معلومات تخضع الى تقدير القاضي • وينطبق الامر نفسه على الاعتراف ، والشكوى ، والطلب ، والتنازل عن الشكوى فجميع هذه الاعمال هي اعمال قانونية ولسيت تصرفات قانونية كما يذهب البعض • انظر د • عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١١٠

(٣) د • لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص٧٥

(٤) د • فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٧٠

وتاسيسا على ما تقدم ، فانه ليس بلازم في العمل الاجرائي ان يرتبط بصورة مباشرة او غير مباشرة بالخصومة نظرا للذاتية التي يتمتع بها العمل الاجرائي ٠

ثانيا : لا يقتصر اثر العمل الاجرائي على الخصومة ٠

وامتدادا للخصيصة السابقة ، فان اثر العمل الاجرائي لا يقتصر على الخصومة ٠ فلكل عمل اجرائي اثره الخاص به ، فقد يستهدف العمل الاجرائي الخصومة وقد لا يستهدفها مطلقا وهذا بالطبع لا يتنافى مع ما تتصف به الاعمال القانونية في الدعوى من التتابع والتركيب ، فالاعمال الاجرائية وان كانت مركبة فان ذلك لا يحول بين ان يكون لكل عمل ذاتيته الخاصة

ثالثا : يترتب على العمل الاجرائي اثره مباشرة

يتميز العمل الاجرائي بهذه الخصيصة عن الواقعة المحضة ٠ فهذه الاخيرة تتمثل في حركة لا يرتب عليها القانون اثرا اجرائيا ٠ ومن امثلتها قيام القاضي بدراسة ملف الدعوى وقيام المحامي باعداد دفاعه او الاعمال التي يقوم بها الكاتب من حمل ملفات الدعوى وادخالها الى قاعة المحاكمة او فتح الحاجب لباب المحكمة ٠ فمثل هذه الاعمال لا يترتب عليها اثر اجرائي فوري او مباشر ، اما الاعمال الاجرائية فتترتب عليها الاثار القانونية مباشرة ٠ فتقديم الشكوى في الجرائم التي تتطلب مثل الإجراء يترتب عليه بصورة مباشرة اطلاق يد النيابة في مباشرة الدعوى وتحريكها تجاه المتهم(١)

الفرع الثالث

تقسيمات العمل الاجرائي الجزائي

تختلف تقسيمات العمل الاجرائي باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها اليه ٠ وبيان هذه التقسيمات على النحو التالي :

اولا : من حيث اهمية الاثر الاجرائي ٠

تقسم الاعمال الاجرائية وفق هذه النظرية الى اعمال جوهرية واخرى غير جوهرية ، فالعمل الاجرائي هو العمل الذي يوجب القانون مراعاته ، بالنظر الى تحقق الغاية منه وفق المجرى العادي للخصومة(٢).

ومن امثلة الاجراءات الجوهرية ضرورة تبليغ الخصم بموعد الجلسة ، فان تحقق هذه الغاية عن غير الطريق القانوني كالعلم بموعد الجلسة عن طريق احد الاصدقاء لايغني عن العلم بالطريق القانوني ، وبذلك يعد هذا الاجراء جوهريا ٠ ومن امثلة الاجراءات غير

(١) د ٠ لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص٧٧

(٢) د ٠ عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١٢٣

الجوهرية ، عدم توقيع الكاتب على قرار الحكم ، او الاعمال التي يعطي المشرع فيها لمتخذ الإجراء رخصة في ممارستة او عدم ممارسته[١].

ثانيا : من حيث شخص القائم بالعمل الاجرائي

تقسم الاعمال الاجرائية وفق هذا التقسيم الى اعمال عامة، وهي تلك التي يقوم بها القاضي وسائر الاشخاص الاجرائين من موظفين ، واعمال خاصة تصدر عن المتهم والمدعي بالحق الشخصي والمحامي والشاهد والخبير · وكل الاشخاص من غير الاشخاص المذكورين في الطائفة الاولى ·

ثالثا : من حيث تكوين العمل الاجرائي

فهنالك العمل الاجرائي البسيط والعمل الاجرائي المركب · فالعمل الاول تترتب عليه نتائجه بمجرد حصوله ، اما العمل المركب فهو العمل الذي لا يمكن ان يتم الاثر به وحده ، ولكن باضافة عمل اخر اليه ، ومثاله تكليف المتهم بالحضور · فهو يتكون من عمليتين اجرائيتين هما تحرير ورقة التبليغ ، وتبليغهما بالفعل بواسطة المحضر او الطريقة التي يعنيها القانون ·

رابعا : من حيث الفعالية الزمنية

ينقسم العمل الاجرائي الى اعمال وقتية تتحقق في لحظة محددة واغلب الاعمال الاجرائية من هذا النوع ، واعمال اجرائية مستمرة ، مثل المرافعة امام القاضي[٢].

خامسا : من حيث طبيعة الاثر الاجرائي

تقسم الاعمال الاجرائية الى اعمال منشئة للرابطة الاجرائية كالمطالبة القضائية ، واعمال تحول دون سير الخصومة ، مثل وقف سير الخصومة حتى يتم الفصل في مسالة معترضة كمسائل الاحوال الشخصية ، واعمال معدلة للرابطة الاجرائية ، مثل تصحيح الخطا المادي · واعمال تنهي الرابطة الإجرائية ، كالتنازل عن الطعن في الحكم ·

المطلب الثالث

الشرعية الاجرائية الجزائية

تعد الشرعية الاجرائية مدخلا اساسيا لدراسة أي موضوع من موضعات الاصول الجزائية ، وتزداد الحاجة الى مثل هذه الدراسة عندما يتعلق الامر بالبحث في الجزاءات الاجرائية المختلفة ، والتي ياتي في مقدمتها البطلان · تلك الجزاءات التي تهدف الى الحد من تغول السلطات على الافراد ، والزمها بتطبيق القانون احتراما لمبدا الشرعية ·

---

[١] سيتم التفريق في أكثر من موضع بين الإجراء الجوهري من غير الجوهري

[٢] د · عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١٣٠

وتأسيسا على ما تقدم ، سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين : احدهما عن التعريف بالشرعية وبيان ماهيتها والثاني عن المبادئ التي تقوم عليها .

الفرع الاول

التعريف بالشرعية الاجرائية وبيان ماهيتها

ان سيادة القانون هي سمة من سمات كل مجتمع متمدن ، حيث يخضع الحكام و المحكومون لسلطات القانون .فالشرعية هي القيد الذي يحدد سلطة المشرع ، ويرسم له النطاق الذي لا يجوز له الخروج عليه لتحقيق غاياته . والشرعية الجزائية الاجرائية هي احدى صور الشرعية بصفة عامة ، وحلقة من حلقات الشرعية الجنائية بوجة خاص[١].

واذا كان مبدا الشرعية في مجال الجرائم والعقوبات يعني ؛ ان لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير احترازي الا بنص تشريعي ، فان قواعد الاجراءات والاصول الجزائية تستلزم كذلك خضوعها لمبدا الشرعية ، اذ لايجوز ملاحقة شخص او التحقيق معه او محاكمتة الا وفقا للاجراءات والاختصاصات والسلطات التي ينص عليها القانون .

فالحلقة الاولى للشرعية المتمثلة بقاعدة " لاجريمة ولاعقوبة الا بنص " لاتكفي لحماية الحقوق والحريات الشخصية ما لم تتبع بحلقة اخرى هي الشرعية الاجرائية[٢].

وتعني الشرعية لغة : السنة والشريعة والشرعة ما سن الله من دين ، والشرعي ما طابق الشرع[٣].

وتظهر صعوبة الاحاطة والالمام بهذا المبدا ووضع تعريف محدد له ، بالنظر لتداخل العلوم المختلفة في تحديد المقصود به وبيان مفهومه[٤].

وبوجه عام ، يمكن تعريف الشرعية في اطار الاصول الجزائية بانها " الاصل في المتهم البراءة ، ولا يجوز اتخاذ اجراء جنائي بحق المتهم ، الا استنادا الى قانـــون وتحت اشراف

---

(١) د . احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، المرجع السابق ، ص ص ٣٩ – ٤١ ، حسن يوسف مقابلة ، الشرعية في الاجراءات الجزائية ، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط١ ،٢٠٠٣ ، ص ٤٧، د . خيري احمد الكباش ، الحماية الجنائية لحقوق الانسان ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٢ ، د.ن ، ص ص ٥٤٩ – ٥٥١ ، د . عبد الحميد الشواربي ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٢، ص٩

(٢) G . Stefani et G . Levasseur B . Bouloc Procedure Penale ed précis ١٦e ed Dalloz Paris ١٩٩٦ . p٧
مشار اليه لدى د . علي القهوجي ، المرجع السابق ، ص٢٤

(٣) لسان العرب ، ابن منظور ، ج٨ ، ص١٧٥

(٤) يدخل في تعريفه علم السياسة والقانون الدستوري الاداري وهو قد يختلف معناه من قانون الى اخر . وان كان الجامع المشترك لكل التعريفات يعني خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القانون

القضاء ، في حدود الضمانات المقررة بناء على قرينة البراءة[١].

والواقع ان هذا التعريف ذي العناصر الثلاث ، قرينة البراءة ، وقانونية الاجراءات ، واشراف القضاء على هذه الاجراءات ، لا يحيط بجميع عناصر هذه الشرعية ، كمبدا محاكمة المتهم امام قاضيه الطبيعي ، واسقاط موانع التقاضي ، ومبدا لا عقوبة بدون دعوى جزائية . لذلك يمكن القول بان التعريف الافضل هو ذلك التعريف الذي يأخذ بالمفهوم الواسع ، والذي يخضع الحكام والمحكومين للقانون ويضع قيودا على المشرع الجزائي الاجرائي لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة".

الفرع الثاني

المبادئ التي يقوم عليها مبدا الشرعية الاجرائية الجزائية

هنالك اصول ومبادئ لصيقة بالانسان ، لا تتخلى عنه مطلقا سواء كان في وضعه الطبيعي ام كان مشتبها فيه ام مشتكى عليه ام متهما . وترافقه في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية . ويجب على المشرع ان لا يهدرها او ينتقص منها باي نصوص تشريعية، كما يجب على سلطة التحقيق وقاضي الحكم مراعاتها عند كل اجراء يتخذه .

والمبادئ الاساسية للشرعية الاجرائية الجزائية هي :

اولا : الاصل في المتهم البراءة .

يعد هذا المبدا من الاصول الاساسية في النظم الاجرائية المعاصرة والذي يفترض في المتهم البراءة حتى تثبت ادانته بحكم قضائي قطعي . فتنهار عندئذ قرينة البراءة . فالقانون يقيم قرينة لا يكلف بمقتضاها من توجه اليه التهمة باثبات براءته[٢].

ويجد هذا المبدا اساسه في كافة مصادر الحماية الجزائية لحقوق الانسان ، ويؤسس على الفطرة التي جبل عليها الانسان . وسببه ان القانون يحمي الوضع الظاهر .

وقد عرفت الشريعة الاسلامية هذه القاعدة واعتبرت الاصل براءة الذمة ، وبقاء ما كان على ما كان ، والاصل في الصفات العارضة العدم[٣]. كما تاكد هذا المبدا في العديد من الاعلانات والمواثيق العالمية ، كما نصت عليه العديد من الدساتير ، واعتبرته مبدا دستوريا لا تجوز مخالفته[٤].

---

[١] د . احمد فتحي سرور، الشرعية والاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص١٦

[٢] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص١١٦

[٣] د . خيري احمد الكباش ، المرجع السابق ، ص٩١٠

[٤] تاكد هذا المبدا في المادة ١١ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان التي تنص على ما يلي " كل شخص متهم بجريمة ، يعتبر بريئا الى ان تثبت ادانته قانونيا بمحاكمة علنية ، تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه " كما جاء في المادة ١٤ /٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ما يلي " لكل فرد متهم بتهم جنائية ، الحق في ان يعتبر بريئا ما لم تثبت ادانته طبقا للقانون . ومن الدساتير التي نصت عليه م٦٧ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ والتي جاء فيها " المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تكفل له-

وقد حرصت بعض التشريعات الاجرائية على تدوين هذا المبدا في قوانين الاصول الجزائية ، حيث اضاف المشرع الاردني الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ الى نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية ، والتي تقول بان المتهم بريء حتى تثبت ادانته[١].

ومقتضى هذا المبدا ان كل شخص متهم بجريمة مهما كانت جسامتها ، ودرجة خطورتها وقوة الادلة الواردة بحقه ، يجب معاملته في جميع مراحل الدعوى على أساس من هذا المبدأ ، ولا يجوز استبعاد قرينة البراءة الا بصدور حكم بات عن الجهة ذات الاختصاص .

ويشمل نطاق هذا المبدأ كل المتهمين ، المبتدأين منهم وأصحاب السوابق ، فصدور حكم بات كاف لسقوط أصل البراءة . أما مقدار العقوبة او نوعها فلا يتعلق بهذا الاصل . فيجوز للقاضي ان يتخذ من سوابق المتهم او سوء سمعته عناصر لتقدير العقوبة .[٢]

ويعد أصل البراءة أحد القواعد التي تحكم الخصومة الجنائية . ويترتب على ذلك ، عدم وصف المتهم بأي وصف من اوصاف الادانة خلال سير الخصومة . ويبقى المتهم متمتعا بقرينة البراءة طيلة فترة المحاكمة ، مع مراعاة الضمان القضائي فيما يتخذ من اجراءات بحقه

وقد اهتم القانون الفرنسي رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ المعدل لقانون الاجراءات الجنائية بتعزيز حماية هذا المبدا ، وحماية المجني عليهم عن طريق النص في صدر هذا القانون على ضمانات المحاكمة العادلة والضمان القضائي وضمان حقوق المجني عليه ، كما تضمن نصا على قرينة البراءة ذاتها . ومعاقبة كل من يتسبب باهدار هذه الضمانة بالتعويض .[٣]

ويكاد يجمع الفقه على اعتبار مبدأ البراءة قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس بكافة طرق الاثبات .[٤]

فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وكل متهم في خيانة يجب ان يكون له محام يدافع عنه . وانظر كذلك المادة ٢٨ / أ من الدستور السوري ، والمادة ٢٠ / أ من الدستور العراقي . اما الدستور الاردني فلم يرد فيه نص صريح كتلك النصوص السابقة وانما اكتفى بما ورد في المادة السابقة من النص على ان الحرية الشخصية مصونة . ومقتضى اعتبار الحرية الشخصية مصونة افتراض براءة المتهم .

[١] تم اضافة هذه الفقرة بموجب القانون المعدل لقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ . والواقع ان هذا المبدا هو من المباديء العامة التي لا تحتاج الى نص ويتفق مع طبيعة الاشياء الا ان النص عليه في الدساتير او القوانين للتاكيد على اهميته . وايا كان اختلاف التشريعات في وضع اصل هذا المبدا في الهيكل الهرمي للنظام القانوني فالمهم هو مدى تطبيق روح المبدا في الواقع العملي والتعامل مع المتهم على هذا الاساس طيلة مراحل المحاكمة. د. كامل السعيد ، دراسات جنائية معمقة ، د.ط ، د.ن ،ص ٣٣٤

[٢] د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، ط٢ ، ٢٠٠٢ ،ص ٢٨٣

[٣] وقد عالج هذا القانون المركز القانوني للمشتبه فيه بالاضافة الى المركز القانوني للمتهم ، د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧

[٤] وهو بالتالي ليس قرينة قضائية او افتراض قانوني (كافتراض الشخصية القانونية للشخص المعنوي) بل قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس . يستبعد الدكتور أحمد ادريس البراءة من عدلد القرائن ، ويرى ان القرائن تتطلب وقائع اساسية يجب اثباتها اولا حتى يمكن اعمال حكم البراءة . وهذا الامر وفق رأيه لا ينطبق على افتراض البراءة الذي يتطلب وقائع اساسية . انظر رسالته ، افتراض براءة المتهم ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٤، ص ٧٣ وذهبت الى هذا الراي المحكمة الدستورية العليا المصرية ، وقالت ان افتراض البراءة لا-

ويمكن اجمال النتائج التي تترتب على الاخذ بمبدا البراءة بما يلي :

- القاء عبء الاثبات على عاتق النيابة العامة ٠ فاذا كان المتهم بريئا فعلى من يدعي العكس ان يثبت ذلك ٠وعلى النيابة العامة وحدها يقع عبء تقديم الدليل واثبات الجريمة بكافة اركانها وعناصرها ، ولا يغني اثبات ركن من اركان الجريمة عن اثبات اركانها الاخرى[١]٠

- الشك يفسر لمصلحة المتهم ٠

وتعني هذه القاعدة اسقاط ادلة الادانة وعدم الاعتداد بها والعودة الى الاصل العام وهو البراءة عند توافر الشك في هذه الادلة ٠ فالاحكام في المواد الجزائية يجب ان تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين ، لان ما يثبت بيقين لا يزول الا بيقين مثله[٢] ٠

واستنادا الى هذا المبدا يكفي للحكم بالبراءة ان يتشكك القاضي في صحة اسناد التهمة ، وهذا بالطبع مشروط بان يشمل حكم القاضي ما يفيد انه قد احاط بظروف الدعوى وادلتها احاطة تامة ، ووازن بين ادلة الاثبات والنفي فرجحت الاخيرة او ادخلت الريبة في ادلة الاثبات ٠

اما الحكم بالادانة فانه يستوجب اليقين بوجود هذه الادانة لانها اثبات على خلاف الاصل وهو البراءة [٣] ٠

- معاملة المتهم باعتباره بريئا في جميع مراحل الدعوى ٠

اما عن نطاق هذه القاعدة في الاصول الجزائية فانها تسري على مراحل الدعوى المختلفة ، سواء كانت قبل المحاكمة او في اثنائها ٠ فاذا توافر الشك لصالح المتهم فلا يجوز توقيفه ، حتى مع توافر الضمانات المختلفة ، ولا يجوز للمحكمة ان تامر بايداعه مركز الاصلاح دون مقتض لان ذلك ينطوي على مخالفة لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم[٤] ٠

يتمخض عنه قرينة قانونية ، ولا هو من صورها ، وانما يؤسس هذا المبدأعلى أساس الفطرة التي جبل عليها الناس لانهم ولدوا احرارا ، والاصل ان يبقى هذا الاصل مفترضا فيهما ٠ قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣ يوليه ١٩٩٥، مشار اليه لدى د٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٢٨١ ، ويبدو ان الدكتور احمد فتحي سرور قد تبنى هذا الراي في هذا المؤلف رجوعا عن رأي سابق في مؤلفاته الاخرى التي يرى فيها ان مبدأ البراءة هو قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس ٠ انظر مؤلفه ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، المرجع السابق ، ص ١٨٦

[١] د ٠ حاتم حسن موسى بكار ، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة ، رسالة دكتوراة ، مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص٦١ ، ولا يؤدي اعتراف المتهم بالتهمة الى نقض هذا المبدا حيث تبقى قرينة البراءة ملازمة له ، لان المحكمة هي صاحبة الاختصاص في تقدير مدى ثبوت التهمة من عدمه ٠ وليس لاحد ان ينقض هذا المبدا الا بحكم قطعي بات في الدعوى

[٢] وهذه القاعدة تواتر القضاء على الاخذ بها ٠ فقد جاء في احد قرارات محكمة التميز " لا يشترط لعدم القناعة بالاعتراف ان يقدم دليل على الضرب ، بل يكفي ان تشك المحكمة في صحته ن بغض النظر عن ثبوت الاكراه او عدمه " تميز جزاء رقم ٧٤ / ٧٨ ، مجلة نقابة المحامين ع٦ ، س٢٨ ، ص٦٧٠ ، وتميز جزاء رقم ٣٦ /٥٥ ، مجلة نقابة المحامين ، ع٢ ، س٢ ، لسنة ١٩٥٥ ، ص٦٢٥

[٣] د ٠ هلالي عبد اللاه احمد ، النظرية العامة للاثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٧ ، ص٣٧٢

[٤] د ٠ احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص٣١٤

مع الاشارة الى ان دور النيابة العامة في المرحلة السابقة للمحاكمة يقتصر على مجرد فحص كفاية او عدم كفاة الادلة التي تبرر الاحالة للمحكمة .

والاصل ان لا تؤثر هذه القاعدة في هذه المرحلة . لان الحقيقة لا تكون مكتملة الا بصدور حكم قطعي ، ما لم تكن الامور واضحة بصورة جلية للنيابة العامة بحيث تتمكن في حدود سلطاتها التقديرية من تقرير منع المحاكمة.(١)

– عدم الزام المتهم باقامة الادلة على صحة الدفوع .

اذا دفع المتهم بوجود مانع من موانع المسؤولية كالاكراه او سبب من اسباب الدفاع الشرعي ، او سبب من اسباب انقضاء الدعوى ، فلا يلزم باقامة الدليل على صحة هذا الدفع ومن واجب النيابة التحقق من صحتة ، ويقع عليها عبء اثبات عدم صحة الدفوع التي يتقدم بها المتهم(٢).

والواقع ان النيابة العامة ملزمة باثبات توافر اركان الجريمة بحق المتهم بالاضافة الى نفي وجود أي سبب من اسباب التبرير او الاباحة او وجود مانع من موانع المسؤولية او سبب من اسباب انقضاء الدعوى . ويكفي من جانب المتهم ان يتمسك بالدفع الذي يواجه به التهمة دون ان يكون ملزما باثبات صحتة .(٣)

وقبل ان نختم الحديث عن قرينة البراءة لا بد ان نشير الى ان الاجراءات الجزائية يجب ان تتخذ في نطاق من قرينة البراءة . وهذه القرينة تحدد نطاق أي اجراء من خلال الضمانات المقيدة له ، بحيث يلتقي قانون العقوبات عند التزامه بشرعية الجرائم والعقوبات مع قانون الاجراءات عند التزامه بالشرعية الاجرائية فيما يقرره من اجراءات باحترام ضمانات الحرية الشخصية وسائر حقوق الانسان . وتاسيسا على هذه الحقيقة فان النص على أي قرينة لاثبات

---

(١) يكاد يجمع الفقه والقضاء المقارن على حق النيابة العامة في وزن البينات ، وذلك بخلاف ما تواترت عليه أحكام محكمة التمييز من حرمان النيابة العامة من هذا الحق . لمزيد من التفصيل انظر د. نائل عبد الرحمن ، دور النيابة العامة في وزن البينات ،مجلة دراسات ، الجامعة الاردنية ، مجلد ٢٧ ،عدد ١٠ لسنة ٢٠٠٠،ص ص ١٣٥ –١٤٥ ، سميح المجالي ، قرار منع المحاكمة ، رسالة ماجستير ، جامعة آل البيت ، لسنة ٢٠٠٠ ،ص ص١٧٢-١٨٠

(٢) د. كامل السعيد ، دراسات جنائية معمقة ، المرجع السابق ، ص٣٣٧ ، فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص١٢٠ ، لقد ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها الى خلاف ذلك والقت على المتهم عبء اثبات الدفع الذي يتقدم به حيث جاء في هذا القرار " ان القانون لا يتطلب ان يقم النيابة العامة الدليل على ان الجريمة المسندة الى المتهم معاقب عليها في الكويت .. بل ان من يستند الى دفع عليه اثباته ، تميز جزاء ١ / ١٩٧٦ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٧٦ ، ص٩٧٢

(٣) قضت المحكمة الدستورية في مصر ، ان جريمة اخلال المالك بتسليم العين المؤجرة الى المستأجر دون مقتض هي جريمة لا يتم اثباتها الا بقيام سلطة الاتهام بالتدليل على توافر اركانها . دستورية عليا ، ٨ يوليو ٢٠٠٠ مشار اليه لدى د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ ، د. حاتم بكار ، مرجع سابق ، ص ٦٢

التهمة او نقل عبء الاثبات على عاتق المتهم يواجه بعدم الدستورية لمخالفته لمبدا قرينة البراءة [١].

ثانيا : القانون مصدر قواعد الاجراءات الجزائية ٠

يفترض هذا المبدأ ان تصدر كافة القواعد التي تحدد هذه الاجراءات عن المشرع نظرا لمساسها بالحرية الشخصية ، فخطورة الاجراءات الجزائية على الحريات الشخصية يقتضي ان لا يتم تنظيم هذه الاجراءات منذ اللحظة الاولى لارتكاب الجريمة وحتى صدور الحكم البات وتنفيذه ، باداة اخرى غير القانون[٢].

فكل اجراء عبر مراحل الدعوى المختلفة يجب ان يكون محكوما بالقانون ، ولا يجوز لاي جهة او انسان مهما علا شأنه ان يبتدع اجراءات معينة لتطبيقها في أي مرحلة من هذه المراحل ، فالقانون وحده الذي يحكم هذه الاجراءات ، لانها معنية بالمحافظة على الحريات الشخصية التي صانها الدستور ولم يسمح بتطبيقها الا بموجب القانون[٣].

فالدستور الاردني نص في مواده المختلفة على ان الحرية الشخصية مصونة ، وانه لا يجوز ان يوقف احد او يحبس الا وفق احكام القانون ٠ وعلى وجه العموم جاء بنصوص عديدة هدفها المحافظة على حريات الافراد وعدم الاعتداء عليها من قبل السلطات المختلفة [٤] ووضعت ضمانا دستوريا لحماية هذه الحريات فلا يجوز الاعتداء عليها او الانتقاص منها

واذا كان الدستور لم ينص على وجوب تنظيم قواعد الاجراءات الجزائية بقانون الا ان هذا التنظيم يقتضيه الوضع الدستوري للحرية الشخصية ، لان السلطة التشريعية هي المخاطبة بتلك النصوص ويقع عليها واجب التنفيذ ٠

ويترتب على الاخذ بهذا المبدا عدة نتائج اهمها :

- القانون وحده المختص بتحديد الاجراءات الجزائية ، فلا يجوز لاي جهة ان تتولى القيام بهذا العمل ٠ كالسلطة التنفيذية عن طريق الانظمة والقرارات الادارية المختلفة ٠ فتنظم هذه

---

[١] تحتوي تشريعاتنا مثل هذه القرائن التي تعفي النيابة من اثبات اركان الجريمة وتنقل عبء الاثبات على عاتق المتهم ٠ فعلى سبيل المثال تعتبر المادة ٤١ / ب من قانون المطبوعات والنشر رئيس المطبوعات فاعلا اصليا في جرائم المطبوعات والنشر بافتراض قصده الجرمي وعلمه اليقيني والمادة التي تضمنتها صحيفتة ٠ وقد وافقت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية نص مشابه في قانون العقوبات لمخالفته لمبدا افتراض البراءة ٠ دستورية عليا ١ فبراير ١٩٩٧ ٠ وفي الاردن صدر عن احد قضاة محكمة بداية جزاء عمان قرار جريء في هذا المجال ، اعتبر فيه ان الفقرة ب من المادة ٤١ من قانون المطبوعات والنشر غير دستورية وبالتالي امتنع عن تطبيقها وقرر عدم مسؤولية المتهم ٠ انظر قرار محكمة بداية جزاء عمان رقم ٨٧٦ /٢٠٠٢ ، منشور في مجلة نقابة المحامين ، لسنة ٢٠٠٢ ، ص٤٤

[٢] حسن مقابله ، المرجع السابق ، ص٨٧

[٣] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص١٣٢

[٤] انظر على سبيل المثال المواد ٧ ،٨ ، ١٠ ، ١٨ وما بعدها من الدستور الاردني

الاجراءات عن طريق القانون يشكل ضمانة اساسية للافراد في عدم التعدي على حقوقهم وحرياتهم ٠

– يختص المشرع وحده بتحديد جهات القضاء التي تقوم بمباشرة الاجراءات الجزائية المختلفة ، كما يقوم بتحديد اختصاصاتها وكيفية تشكيلها ٠ (١)

ويترتب على ذلك عدم جواز تفويض المشرع للسلطة التنفيذية في تشكيل اية محكمة ، او تحديد اختصاصاتها ، او تنظيم اية خصومة جزائية ، سواء من حيث سيرها او من حيث احالتها للمحاكمة ، وان أي تفويض من هذا القبيل يعد باطلا ٠

– لا يجوز للمشرع تفويض اختصاصة في تحديد قواعد الاصول الجزائية للسلطة القضائية ٠ فالقانون الذي يفوض اختصاصه في تحديد قواعد الاصول الجزائية للسلطة القضائية يكون غير دستوري ٠ لان الدستور منح هذا الحق للمشرع وحده ، ولا يجوز له التنازل عن هذا الحق لاي سلطة اخرى ٠

ثالثا : محاكمة الشخص امام قاضيه الطبيعي ٠

من المبادئ الهامة المترتبة على الاخذ بشرعية الاجراءات ضرورة محاكمة المتهم امام قاضيه الطبيعي ، حيث يمثل هذا المبدا ضمانة هامة ضد كل اشكال الانحراف وعدم الحياد التي يسببها تدخل جهات اخرى في شؤون القضاء ٠

والمقصود بالقاضي الطبيعي ، هو القاضي الذي يتم تنظيم شؤونه وفق قوانين تكفل حيدته واستقلاليته ، ويمارس عمله القضائي طبقا لاحكام القوانين الاجرائية العامة ٠

والقضاء الطبيعي هو صاحب الولاية العامة في محاكمة جميع الافراد ، وفي جميع الجرائم وله كيانه القائم بذاته ، والمستقل عن السلطتين التنفيذية والتشريعية ٠

فمحاكمة الشخص امام المحاكم العادية حق طبيعي له ، وهو كذلك حق دستوري نصت عليه اغلب الدساتير ، واصبح مبدا راسخا في اعماق الضمير العالمي ٠

ويترتب على الاخذ بهذا المبدا عدة نتائج من اهمها :

– يتساوى الناس في الخضوع للقواعد القانونية التي تطبقها هذه المحاكم على الوقائع المتماثلة فيتمتعون جميعا بضمانات الدفاع وحق الطعن ، فلا تنطبق على شخص معين قواعد قانونية تختلف عن غيره ٠

---

(١) قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية المادة ١/٢٩٨ من قانون الاجراءات الفرنسي والتي تخول رئيس المحكمة تحديد ما اذا كانت المحكمة المختصة مشكلة من ثلاثة قضاة ام من قاض واحد ٠ وذلك على اساس مخالفة النص السابق لمبدأ المساواة بين المواطنين امام القضاء ، ومخالفته لمبدأ اختصاص المشرع وحده بتحديد قواعد الاجراءات الجنائية طبقا للمادة ٣٤ من الدستور، د٠ احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩

- تعد المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة بحيث تخضع أي نزاع لم يعين المشرع له محكمة لنظره لاختصاص المحاكم العادية ٠

-في حال الارتباط غير القابل للتجزئة بين جرائم تخضع لاختصاص المحاكم العادية واخرى لاختصاص المحاكم الاستثنائية ، يجب ان تحال جميع الجرائم الى المحاكم العادية لحل النزاع باعتبارها صاحبة الولاية العامة ٠ لان اختصاص المحاكم الخاصة استثنائي وطارئ لا يجوز القياس عليه ٠ [١]

رابعا : اسقاط موانع التقاضي

من اهم المبادئ التي تقوم عليها الشرعية الاجرائية ، اسقاط موانع التقاضي ، واعتبار حق اللجوء الى القضاء مكفولا للجميع دون استثناء ٠ فهو حق طبيعي تكفلة القواعد الدستورية ، ولا تملك أي سلطة حرمان احد من هذا الحق ٠ ويشكل قيدا هاما من القيود الدستورية على المشرع الجزائي لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة ٠

ففي اطار الاجراءات الجزائية حيث تتعرض الحريات الشخصية وما يتعلق بها الى خطر المساس بها ، تظهر اهمية الالتجاء الى القضاء باعتباره الحارس الامين للحريات ، وما يدخله من اطمئنان يكفل تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات الفردية عن طريق محاكمة منصفة ٠

ويمكن بيان الطرق والاساليب التي تؤدي الى الحد من كفالة حق التقاضي ومدى دستورية هذه الطرق على النحو التالي :

- طرق منع التقاضي ٠عادة ما تلجا التشريعات الى ثلاثة اساليب في منع طرق التقاضي ٠ فاول هذه الطرق هو منع الطعن بالاحكام ٠ فالاصل ان تخضع الاحكام التي تصدرها المحاكم لطرق الطعن المقررة قانونا ، فان اصدرت الدولة قانونا يقضي بمنع ولوج هذا الطريق بالنسبة لمنازعات معينة ، فان ذلك يؤدي الى خرق لمبدا الشرعية الاجرائية الجزائية ٠

ومما لا شك فيه ان فتح الطريق امام الطعن بالاحكام يؤدي الى اصلاح الاخطاء التي قد تعتور احكام محاكم الدرجة الاولى ٠ وما ينبي على ذلك من هدم ثقة الناس بالقضاء ، لان اصدار الاحكام الخاطئة يؤدي الى اهدار العدالة ٠ وخرق مبدا وحدة القضاء بخضوع جميع الاحكام الى رقابة محكمة عليا ، تشرف على حسن تطبيق القانون ٠

ومن هذه الاساليب ، ما يتطلبه المشرع احيانا في وجوب حصول طالب الطعن على اذن للتمييز ٠ فبالرجوع الى المادة ٢٩٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية نجد ان المشرع قد منع الطعن بالتمييز في الاحكام الصادرة بالجنح الا باذن من وزير العدل او رئيس النيابة

---

[١] حسن مقابله ، المرجع السابق ، ص ٩٦

العامة ، عن طريق ما يعرف بالنقض بامر خطي • فاذا رفض وزير العدل او رئيس النيابة الطلب انغلق باب الطعن ، وتحصن الخطا الصادر في هذا الحكم •

والاصل ان يكون باب الطعن مفتوحا في جميع الجرائم ، اما في هذا الطريق فهو ليس مفتوحا للجميع ، بل انه معلق على مشيئة وزير العدل ، فاذا لم تتوفر هذه المشيئة سدت في وجه الخصوم فرصة تصحيح ما يلحق بالاحكام من عيوب • وفي ذلك ظلم يهدد مبدا الشرعية الذي يجب ان تبنى عليه كافة اجراءات الدعوى بما فيها طرق الطعن •

ومن اساليب منع طرق التقاضي حجب القضاء عن نظر بعض الجرائم واعطاء هذا الاختصاص الى محاكم خاصة ، كما هو الحال في العديد من المحاكم الخاصة التي تم إنشاؤها في الاردن وفي العديد من البلاد العربية •

و السلطة القضائية هي صاحبة الولاية العامة في حل جميع المنازعات المدنية والجزائية ، فلديها ولاية عامة ، لا تملك أي جهة الغاءها او الانتقاص منها سواء كانت السلطة التنفيذية ام التشريعية •

- مدى دستورية موانع التقاضي •

مما لا شك فيه ان موانع التقاضي التي ترد في بعض التشريعات وتحول بين الانسان وكفالة حقه الطبيعي في الالتجاء الى القضاء بكل درجاته ، تعتبر غير دستورية •

فالسلطة القضائية ، انشأها الدستور ، وهي مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية • فليس لاي من هاتين السلطتين ان تسلب ولاية المحاكم في القضاء او تحد من حرية الافراد في الالتجاء الى القضاء لان ذلك يشكل اخلالا بمبدا الشرعية الجزائية الذي يقوم على سيادة القانون وخضوع الحكام والمحكومين لسلطانه •

واخيرا ، وبعد الاستعراض العام والسريع لبعض عناصر الشرعية الاجرائية في نطاق الاصول الجزائية ، لا بد من القول؛ ان الوصول الى نظام فعال للقوعد الجنائية ، يتطلب وجود رقابة قضائية تضع حدا لتجاوز السلطات المختلفة • فانتقال الشرعية من نطاق النظرية الى مجال التطبيق هو الضمان الاكيد لفاعليتها • فما قيمة الشرعية التي تعبر عنها نصوص الدستور والقانون اذا لم تكن هذه النصوص تتمتع بقوة الالزام وتخضع لها السلطة التي تباشر الاجراءات الجزائية المختلفة ؟

فبالرقابة القضائية يتاكد مبدا الشرعية • وياتي دور الجزاءات الاجرائية – وفي مقدمتها البطلان – كضوابط تضمن حسن تطبيق هذا المبدا ، وتلغي الاثار القانونية لاي اجراء معيب (١)

(١) د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢

المبحث الثاني

المركز القانوني للمتهم

لما كانت هذه الدراسة تعنى بأثر الإجراء الجزائي الباطل في المركز القانوني للمتهم ، فقد أصبح لازما بيان المقصود " بالمركز القانوني للمتهم " في ضوء المفاهيم والتعريفات المختلفة لهذا المصطلح • فالتشريع الاردني – مثلا – يطلق هذا المصطلح على المشتكى عليه بعد صدور قرار الاتهام بحقه • وهذ بخلاف المشرع المصري الذي استعمل لفظ المتهم للدلالة على من يتخذ ضده اجراء في جميع مراحل الدعوى • ولتوضيح هذه المسألة وبيان المقصود بمصطلح المتهم ، يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول : التعريف بالمتهم

المطلب الثاني : شروط اكتساب الشخص لصفة المتهم

المطلب الاول

التعريف بالمتهم

جاء في مختار الصحاح في مادة " وهم " وهَمَ في الشيء اذا ذهب وهمه وهو يريد غيره • وتوهم أي ظن • وأوهمَ غيره ايهاما وهمه توهيما ، واتهمه بكذا والاسم التُهَمة (١).

وفي الاصطلاح (٢) كان المشرع الاردني في قانون اصول المحاكمات الجزائية السابق رقم ٧٦ لسنة ١٩٥١ ينص في المادة الرابعة منه على ما يلي " كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام يسمى متهما " الا انه بصدور القانون الحالي رقم ٩ لسنة ١٩٦١ استعمل المشرع مصطلح" المشتكى عليه " للدلالة على من تقام عليه دعوى الحق العام • وعرف المشتكى عليه في المادة الرابعة من هذا القانون حين بين أن " كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام فهو مشتكى عليه ويسمى ظنينا اذا ظن فيه بجنحة ، ومتهما اذا اتهم بجناية " • فالمتهم وفق هذا النص هو من صدر بحقه قرار اتهام •

---

(١)ورد في معجم " بتي روبير " ان فعل يتهم ينطبق على من يعتبر مرتكبا لخطأ وان الاتهام هو التهمة الرسمية بجناية او جنحة لفرد ، والتي تكون نتيجة لاجراءات تحقيق • وان المتهم هو ذلك الذي يتم اتهامه ، أي الشخص الذي يشتبه بارتكابه جريمة معاقب عليها بواسطة المحاكم الجنائية • د• هلالي عبد اللاه ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٩ ،ص ٤١

(٢) اختلف الفقه الاردني حول استخدام هذه المصطلحات ، جانب استخدم مصطلحات المشرع والجانب الاخر استخدم المعنى الواسع للفظ المتهم • فنجد مثلا ان الدكتور معتصم مشعشع قد استخدم لفظ المشتكى عليه ، في حين استخد الدكتور محمد الجبور في بحث يحمل نفس العنوان لفظ المتهم • انظر د• معتصم مشعشع ، استعانة المشتكى عليه بمحام خلال الاستجواب في مرحلة التحقيق الابتدائي ، مجلة دراسات ، مجلد ٢٩ ، عدد٢١ ،ايار لسنة١٩٩٩ ، د• محمد الجبور ، استعانة المتهم بمحام ، شركة مطابع الخط ، ط١ ،٢٠٠٢

وتتفاوت التشريعات حول المدى الذي تسبغ فيه مصطلح المتهم على الشخص المخاطب بالاجراءات الجزائية بوصفه مدعى عليه في الدعوى الجزائية • وبنفس الوقت فقد تعددت التعريفات الفقهية بشان تحديد مصطلح المتهم ، بين من يوسع هذا المفهوم بحيث يشمل جميع مراحل الدعوى وبين من يقتصره على مرحلة دون اخرى •[١]

والواقع ان تحديد المرحلة التي يتمتع بها الشخص بهذا المصطلح من الاهمية بمكان ، طالما ان اطلاق مثل هذا الوصف يمنح حقوقا لمن يتحمل هذه الصفة ويضع على عاتقه التزامات معينة •

وقبل البدء بايراد التعريفات المختلفة وصولا الى التعريف الذي يتبناه الباحث لغايات هذه الدراسة ، لابد من القول بانه يلزم اولا ، وفي اطار اقرار سلطة الدولة في معاقبة من وجه اليه الاتهام ، ان يكون اهلا لتحمل التبعة الجزائية وايقاع العقوبة عليه ، لكي يصلح ان يعد طرفا في الرابطة الاجرائية • فمن المبادئ المستقرة " ان لا عقوبة بدون دعوى " وهذا التلازم مطلق ، بالرغم من بعض الاستثناءات التي لا تمس جوهره • [٢]

ويشترط فيمن يكون طرفا في الدعوى الجزائية بصفته متهما من اجل ايقاع الجزاء المناسب عليه ، ان يكون انسانا حيا ، فلا توقع العقوبة على حيوان او شخص ميت • ولا ترفع الدعوى الجزائية ضدهما • كما يشترط فيمن توقع عليه العقوبة ان يكون شخصا طبيعيا [٣]• معينا ،[٤] متمتعا بالادراك والارادة وقت تحريك الدعوى •

وبالرجوع الى التعريفات الفقهية للفظ " المتهم " نجد ان بعض الفقهاء عرفه بانه الطرف الثاني في الدعوى الجنائية • وهو الخصم الذي يوجه اليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية قبله[٥] كما عرفه البعض بانه " الشخص الذي تتهمه النيابة العامة بارتكاب الجريمة ،

---

[١] يرى البعض ان المتهم وفق النص السابق كل من تحرك ضده دعوى الحق العام • فلفظ المشتكى عليه يستوعب لفظي المتهم والظنين •وهذا قول يخالف صريح نص هذه المادة التي تفرق بين المصطلحات الثلاث ، حيث ينتهي دور مصطلح المشتكى عليه بصدور قرار الظن او الاتهام • انظر د• عبد الاله النوايسه ،ضمانات المتهم في التحقيق الابتدائي ، رسالة دكتوراة ،جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص ١٩ وانظر خلاف الرأي السابق ، اسامه محمد ، ضمانات المتهم في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية ، ١٩٩٧،ص ٩

[٢] وذلك كما في حالات الصلح ، والدفع الفوري في المخالفات ، انظر د• محمد الجبور ، المرجع السابق ، ص ١٧

[٣] لا توقع العقوبة في الاصل الا على الشخص الطبيعي ، واستثناء يمكن ان يكون الشخص المعنوي اهلا لتحمل المسؤلية الجزائية • هذا ما اشارت اليه المادة ٢/٧٤ من قانون العقوبات والتي بينت انه لا يحكم على الشخص المعنوي الا بالغرامة او المصادرة

[٤] لا ترفع الدعوى الجزائية ضد مجهول • فاذا لم يتمكن المدعي العام من معرفة الفاعل يجب ان يصدر قرارا بحفظ الاوراق •مع الاشارة ان قانون اصول المحاكمات الجزائية قد جاء خلوا من النص على هذا الإجراء ، في حين اجازت المادة الخامسة من قانون اصول المحاكمات الجزائية العسكري رقم ٣١ لسنة٢٠٠٢ للنائب العام العسكري ان يصدر مثل هذا القرار

[٥] د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٧٢

وتطالب المحكمة بتوقيع العقاب عليه "[١] . وعرفه اخر[٢] " بانه كل شخص تثور ضده شبهات ارتكابه فعلا اجراميا ، فيلتزم بمواجهة الادعاء بمسؤوليته عنه والخضوع للاجراءات التي يحددها القانون وتستهدف تمحيص هذه الشبهات وتقدير قيمتها ثم تقرير البراءة او الادانة"

وقد ربط جانب من الفقه بين صفة المتهم ولحظة تحريك الدعوى الجزائية ، عندما عرفه بانه " كل شخص تحرك الدعوى الجنائية ضده لشبهة ارتكابه جريمة " [٣].

ويرى الباحث ان اكتساب صفة المتهم ، لغايات تقرير بطلان الاجراءات المتخذة ضد من يحمل هذه الصفة ، لا تقف عند المرحلة او الحالة التي يوصف بها الشخص بهذه الصفة وفق التشريع الاردني ، وانما تمتد لتشمل مرحلة التحقيق الابتدائي .

لذلك فان الباحث يتفق مع التعريف الموسع للمتهم والذي يبين بانه " كل من اقيمت ضده الدعوى العامة او من اتخذت ضده اجراءات ترمي الى اسناد فعل او امتناع اليه اذا ترتب عليه تقيد حريته ، او كانت تهدف الى اثبات ادانته بجريمة جزائية "[٤].

ويتفق التعريف السابق مع التعريف الواسع الذي قال به احد الفقهاء وهو يشمل أي شخص يوجد على حالة من الحالات التالية : [٥]

- من صدر امر بالقبض عليه من قبل النيابة العامة ، او القي القبض عليه ليكون تحت تصرفها .

- من تنسب اليه جريمة بعمل من الاعمال الاجرائية الجنائية ، كمحضر استدلال او محضر الضابطة العدلية او النيابة العامة .

- المبلغ ضده في بلاغ عن جريمة . وتنتهي صفة المتهم في شخص ما بصدور قرار منع محاكمة نهائي ، اذا تبين ان الفعل لا يؤلف جرما ، او انه لم يقم دليل على انه هو الذي ارتكب الجرم ، او بصدور قرارنهائي باسقاط الدعوى العامة اذا تبين ان الجرم قد سقط بالتقادم او الوفاة . وتنتهي صفة المتهم بصدور حكم نهائي بات بالبراءة او الادانة .

واذا صدر بحقه حكم بالادانة واصبح هذا الحكم قطعيا فان صفة المتهم تتحول في هذه الحالة الى المحكوم عليه ، وذلك ضمن مرحلة التنفيذ من الحكم . [٦]

---

[١] د. مامون سلامه ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ،دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص١٧٥

[٢] د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٩٦ د. كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٣

[٣] د. ادوار غالي الذهبي ، المرجع السابق ، ٦٨

[٤] ويتفق هذا التعريف مع التعريف الذي ذهبت اليه المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان في قضية " اكله " الصادر في ١٥ تموز ١٩٨٣ والتهمة الجنائية يقصد بها اخطار شخص ما رسميا من جانب السلطة المختصة بانها تزعم انه ارتكب فعلا جنائيا . د. محمد الجبور ، المرجع السابق ، ص ٢١

[٥] د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧٥

[٦] د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧٧

أما بخصوص موقف التشريعات من هذه المسألة ، نجد ان قانون الاجراءات الجنائية المصري لم يتضمن تعريفا للمتهم ، رغم استخدامه لهذا المصطلح في كافة مراحل الدعوى الجنائية [١]
ويستخدم المشرعان السوري واللبناني لفظ المدعى عليه بدل المشتكى عليه • فاذا ظن عليه بجنحة يعتبر ظنينا ، واذا اتهم بجناية سمي متهما •

وفي التشريع الفرنسي[٢] ميز المشرع بين المتهم الذي ينشأ بشأنه تحقيق قضائي واطلق عليه اسم (inculpe) وبين المتهم الذي رفعت عليه الدعوى الجنائية امام محكمة الجنح والمخالفات واطلق عليه لفظ (prevenu) وبين المتهم المحال الى محكمة الجنايات واطلق عليه (accuse) • ورغم التفرقة السابقة فان المشرع الفرنسي لم يورد تعريفا محددا للمتهم • واما ما ورد في بعض المواد (١٧٧،٢١١،٢١٢) من قانون الاجراءات فلا تضع تعريفا لمصطلح المتهم ، وانما هي مجرد شروط اكتساب الشخص لهذه الصفة • [٣]

المطلب الثاني
شروط اكتساب الشخص لصفة المتهم

من اهم شروط اكتساب الشخص لصفة المتهم ما يلي :

- وقوع الجريمة •

يعد هذا الشرط تطبيقا مباشرا لمبدأ الشرعية ، فلا بد لكي يتصف الشخص بصفة المتهم ان تكون هنالك جريمة ، سواء كانت تامة او وصلت الى حد الشروع • واول ما يتوجب على سلطة التحقيق ان تتاكد من وقوع فعل يخضع لنص جزائي يجرم فاعله ، فان تبين لها عدم وجود جريمة اصدرت قرارا بمنع المحاكمة • وهذا الشرط مستفاد من المادة ١/٣٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على ما يلي " يضبط المدعي العام الاسلحة وكل ما

---

[١] تنص المادة ١٧ من هذا القانون على ما يلي " تنقطع المدة باجراءات التحقيق او الاتهام او المحاكمة وكذلك بالامر الجنائي او باجراءات الاستدلال اذا اتخذت في مواجهة المتهم او اذا اخطر بها بوجه رسمي " وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون على ما يلي " لمامور الضبط القضائي في احوال التلبس بالجنايات اوالجنح التي يعاقب عليها بالحبس •• ان يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه " وهكذا نجد ان المشرع المصري يستخدم لفظ المتهم في جميع مراحل الدعوى

[٢] وفي النظام القانوني الامريكي يستخدم تعبير suspect او defendant للدلالة على المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال ، وكلمة accused للدلالة على المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي • د• هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٤٧

[٣] يفضل جانب من الفقه اطلاق لفظ المدعى عليه على من تقام عليه الدعوى الجزائية ، لانسجام ذلك مع الوضع التشريعي (السوري واللبناني) وفيه دقة الدلالة على من تقيم عليه النيابة العامة الدعوى العامة • د• حسن جوخدار ، اصول المحكمات الجزائية ، دار الثقافة ،ط٤ ، ١٩٩٠ ، ص ٤٤ ، د• محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات ،المرجع السابق ص ١٣٧ ، د• محمد ابراهيم زيد ، تنظيم الاجراءات الجزائية في التشريعات العربية ، المرجع السابق، ص ٣٠١

يظهر انه استعمل في ارتكاب الجريمة او اعد لهذا الغرض .." فهذا النص يفترض وقوع جريمة حتى يتم اتخاذ هذه الاجراءات .

فالاصل ان لا يطلق لفظ المتهم الا اذا اتخذ ضده اجراء من اجراءات التحقيق . ومع ذلك نجد ان قانون منع الجرائم رقم ٧ لسنة ١٩٥٤ قد اضفى صفة المتهم على من يوجد في حالة من الحالات التي حددها القانون [١]

– وجود دلائل كافية على ارتكاب الشخص للجريمة التي وقعت او اشترك فيها . فلا يكفي وقوع الجريمة لكي يكتسب الشخص صفة متهم ، بل لا بد من توافر دلائل تدعو للاعتقاد انه ساهم في ارتكاب جريمة معينة سواء بوصفه فاعلا ام متدخلا ام محرضا . فان لم تتوافر مثل هذه الدلائل اصدر المدعي العام قرارا بمنع المحاكمة .

– تحريك الدعوى العامة ضد الشخص الذي تتوافر بحقه دلائل كافية لمساهمته في الجريمة فلا بد من تحريك الدعوى ضد الشخص الذي دارت حوله اجراءات وادلة الدعوى . فمنذ توجيه الاتهام اليه تترتب له حقوق يكفلها القانون ، وبالمقابل يكون ملزما ببعض الالتزامات .

وأخيرا ، يمكن القول بانه بالرغم من الاختلاف الفقهي والتشريعي حول تحديد مصطلح المتهم ، حيث نجد مثل هذا الاختلاف متوافر على صعيد التشريع الواحد [٢] ، فان هذا المصطلح في هذه الدراسة لا يقصد به المعنى الوارد في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، وانما المعنى الواسع لهذا امصطلح .

---

[١] تنص المادة ٥/٤/ب من هذا القانون على ما يلي " ليس من الضروري في الاجراءات التي تتخذ بمقتضى هذا القانون اثبات ان المتهم ارتكب فعلا او افعالا معينة "

[٢] والدليل على ذلك ما اورده مشرعنا من استخدام لمصطلح المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، انظر على سبيل المثال المادتين ٢٣٢و١٤٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

الباب الاول

تأصيل الاجراء الجزائي الباطل

تمهيد :

تتكون الدعوى الجزائية من سلسلة من الاجراءات او الاعمال الاجرائية المتتالية ، وتشكل كل واحدة منها لبنة في بنيان الدعوى التي يتم تحريكها بأول اجراء من اجراءات التحقيق ، وتسير وفق نظام يحدده القانون ، ولا تنقضي الا بصدور حكم بات في موضوعها او بأي سبب من الاسباب التي ينقضي بها حق الدولة في العقاب.

واذا كانت الدعوى باجراءاتها المختلفة تهدف الى تقرير الحقيقة الواقعية بادانة المتهم او اعلان براءته او عدم مسؤوليته ، فان بلوغ مثل هذه الغاية مشروط في القدرة على التوفيق بين اعتبارات متعددة ومتعارضة في بعض الاحيان، تتمثل في حماية حقوق وحريات المتهمين الذين يشكلون الطرف الرئيس في الدعوى الجزائية من ناحية ، وحماية مصالح المجتمع بشكل عام ، من ناحية اخرى ،عن طريق تنظيم فعال للدعوى الجزائية التي يباشرها نظام قضائي له من المكنات ما تيسر له سبل تحقيق العدالة بكفاءة واقتدار .

ويتولى المشرع تحديد النموذج القانوني لهذه الاجراءات على نحو دقيق نظرا لخطورة وظيفتها ، ولكي يكون كل شخص اجرائي على دراية بحدود تلك الاجراءات وما يترتب على مخالفتها من جزاء . [1]

ويقوم المشرع بدوره بوضع جزاءات مختلفة على مخالفة الاجراء للنموذج المرسوم له قانونا ، ويأتي البطلان في مقدمة هذه الجزاءات الاجرائية بما يشكله من ضمانة هامة في حماية حقوق وحريات الافراد ، وحماية المصلحة العامة على حد سواء .

لذلك ، فان دراسة الاجراء الجزائي الباطل تستلزم بيان ماهية هذا الاجراء في الفصل الاول بما يحتويه من تعريف بالاجراء الباطل ، وتمييز البطلان عن غيره من الجزاءات الاجرائية الاخرى ، وبيان مناطه وتقسيماته في فصل ثان ، وتحديد انواعة في فصل ثالث بالاضافة الى فصل رابع يخصص لبطلان الاجراء الجزائي في بعض التشريعات المقارنة ،واخترت أمثلة من هذه التشريعات ، التشريعان الفرنسي والايطالي . ومن التشريعات العربية التشريعان المصري واللبناني ، حيث يعد القانون الاخير احد اهم مصادر قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، في حين يعد النظام القانوني المصري مصدرا اساسيا

---

[1] سيتم بيان دور كل شخص من اشخاص الرابطة الاجرائية في الجزء المخصص لاطراف الرابطة الاجرائية

للنصوص المتعلقة بالبطلان بموجب التعديل الوارد في قانون اصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١م.

وبناء على ماسبق فسيتم تقسيم هذا الباب الى الفصول التالية :-

الفصل الاول : ماهية الاجراء الجزائي الباطل .

الفصل الثاني : مناط الإجراء الجزائي الباطل وتقسيماته.

الفصل الثالث : البطلان في بعض التشريعات المقارنة.

الفصل الاول

ماهية الاجراء الجزائي الباطل

حتى تترتب على العمل الاجرائي الاثار القانونية التي ارادها المشرع له فانه لا بد من توافر مقومات موضوعية وشروط شكلية في ذلك الاجراء او العمل ، فاذا تخلف أي منها اصبح الاجراء معيبا وعاجزا عن تحقيق الاثار القانونية الناتجة عنه فيما لو صدر صحيحا.

واذا كانت التشريعات الاجرائية قد خلت من تعريف محدد للاجراء الباطل فقد تولى الفقه امر هذه المهمة ، وانقسمت الاراء في ذلك الى طائفتين او رأيين : احدهما يمثل راى الاغلبية ويرى في البطلان جزاء على مخالفة الاجراء للقانون . في حين يرى اصحاب الراى الاخر بان البطلان وصف يلحق الاجراء المعيب . وقد كان لهذه التفرقة اهمية انبثقت عن تحليل لطبيعة البطلان ادت الى وضع تعريف محدد له يميزه عن غيره من الجزاءات الاجرائية المختلفة .

ولكي تكتمل معالم صورة البطلان فلا بد من تمييزه عن غيره من الجزاءات والنظم القانونية المشابهة . فمن الجزاءات ما ينال من الاجراء الجزائي نفسة فيؤدي الى بطلانه او اسقاط الحق او السلطة في اتخاذه اوعدم قبوله ، ومنها ماياتي في صورة جزاء اشد اثرا فيترتب عليه اعدام الاجراء واعتباره كان لم يكن . وبالرغم من تنوع هذه الجزاءات التي تلحق الاجراء المتخذ خلافا للنموذج القانوني الذي رسمه المشرع يبقى البطلان من اهمها واكثرها ذيوعا وانتشارا.

بناء على ما سبق يمكن تقسيم هذه الفصل الى مبحثين يضاف اليهما مبحث مستقل عن الانعدام تمييزا له عن البطلان وذلك على النحو التالي :

المبحث الاول : التعريف بالاجراء الجزائي الباطل .

المبحث الثاني : عوارض الاجراء الجزائي.

المبحث الثالث : الا نعدام.

المبحث الاول
التعريف بالاجراء الجزائي الباطل

تتكون الدعوى الجزائية من مجموعة من الاجراءات القانونية المتتابعة التي تنتقل بالدعوى من مرحلة الى اخرى ، انتهاء بالحكم البات الفاصل في موضوعها.

فالاجراء الجزائي ؛ عمل له دور قانوني في تحريك الدعوى الجزائية وسيرها في مراحلها المختلفة ، ويتخذ في سبيل بلوغ الدعوى غايتها في الكشف عن الحقيقة ، والبت في امر الجرم المسند للمشتكى عليه ، ومدى نسبته اليه عن طريق حكم صادر بالادانة او البراءة، وهو كل عمل يتم اتخاذه في نطاق الرابطة الاجرائية او خارجها متى كان مؤثرا فيها.[1]

اما تعريف الباطل او البطلان لغة ، فيرجع فيه الى كلمة الباطل . والباطل كما جاء في لسان العرب هو : الشيء الذي يذهب ضياعا وخسرا ، والبطلان ؛ الفساد وسقوط الحكم ، فالعمل الباطل عمل ضائع اوخاسر او عديم القيمة .[2]

وفي الاصطلاح فقد تعددت تعريفات الفقهاء للبطلان . واذا اردنا الوصول الى تعريف جامع مانع ، فلا بد من استعراض التعريفات المختلفة ، مع اعطاء اهمية خاصه الى التعريفات التي لا تكتفي بالظاهر من التعريف ، وانما تنطلق في تعريفه من خلال دراسة لماهيته ، وتجليته عما سواه من الجزاءات الاجرائية الاخرى .

وعلى اية حال ، وبالرغم من تعدد تعريفات الاجراء الجزائي الباطل ، فانه يمكن رد هذه التعريفات الى مجموعتين او رأيين . احدهما يرى في البطلان جزاء لتخلف بعض او كل اركان او شروط العمل الاجرائي .والاخر يرى في البطلان وصفا يلحق التصرف او الاجراء فيؤدي الىعدم انتاجه للاثر الواجب ترتيبه عليه فيما لو صدر صحيحا .

اضافة الى الرأيين السابقين هنالك رأي في القانون المدني يعرف البطلان استنادا الى تحليل لطبيعته وصولا الى تعريف جامع مانع يتفق مع النظرة الحديثة له .

في ضوء ما سبق ، يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

---

[1] د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية ، ص٣٤٠، د.رمسيس بهنام ،الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ،المرجع السابق ، ص ٥٣ ،د. ادوار غالي ،الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ،دار النهضة العربية ، ط١ ،١٩٨٠ ، ص٤

[2] جاء في لسان العرب ،بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا :ذهب ضياعا وخسرا ،فهو باطل والباطل نقيض الحق، والجمع اباطيل، وابطلت الشيء : جعلته باطلا . لسان العرب لابن منظور ،دار صادر بيروت ،المجلد الحادي عشر ،ص٥٦

المطلب الاول : تعريف البطلان في فقه القانون المدني
المطلب الثاني : تعريف البطلان في فقه الاجراءات الجزائية .

المطلب الاول
تعريف البطلان في فقه القانون المدني

لم يحظ تعريف البطلان وتحديد طبيعته لدى الغالبية من الفقهاء بالعناية المطلوبة ، وربما يعود ذلك الى افتراضهم الوضوح في معناه ، حيث اتجهت دراستهم مباشرة الى بيان اقسامه واحكامه ،مما ادى الى عدم دقة التعريفات التي وردت فيه .

ومع التسليم بوجود الفارق بين مفهوم البطلان في قواعد القانون الموضوعي ومفهومه في قواعد القانون الاجرائي ، الا انه لا يوجد ما يمنع من الاستعانة بتلك التعريفات – وخاصة تلك التي ترى فيه وصفا يلحق التصرف القانوني– وصولا الى تعريف يمكن اعتماده في مجالي البطلان المدني والجنائي على حد سواء •

وقبل التطرق الى التعريفات المختلفة ، فانه لا بد من توضيح المقصود بمصطلح " التصرف القانوني " الذي يقابل مصطلح الاجراء الجزائي • فيقصد بالتصرف القانوني – بوجه عام – اتجاه الارادة الى احداث أثر قانوني سواء تمثل هذا الأثر في انشاء الحق أو تعديله أو انهائه . فالارادة هي جوهر التصرف القانوني ويعبر عنها بالفظ أو الكتابة أو بأي وسيلة لا تدع مجالا للشك في الدلالة عن مرادها . وقد قسم الفقهاء التصرف القانوني الى نوعين : تصرف صادر عن شخص واحد ويسمى" الارادة المنفردة " وتصرفات تصدر عن أكثر من شخص وتسمى الاتفاق أو العقد . (١)

(١) انظر الاراء الفقهية حول تعريف التصرف القانوني ودور الارادة في تكوينه ، د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ،١٩٩٩ ، ص ص ١٣-١٩ حيث يرى ان التصرف القانوني هو دائما عمل فردي حتى لو دخلت هذه الارادة في تكوين عقد او عقود مختلفة فهي عندئذ تتكون من تصرفات قانونية متعددة ، فكل تصرف لها لا يذوب مع غيره من التصرفات في بوتقة العقد .

الفرع الاول

تعريف البطلان بانه عدم الصحة او عدم النفاذ

يرى جانب من الفقه الفرنسي بان البطلان هو " عدم الصحة او عدم النفاذ الذي يلحق تصرفا لمخالفته لامر او نهي من القانون " [١] وبالرغم من الاهمية التي يحظى بها هذا التعريف الذي لم يكتف بذكر اسباب البطلان للتعريف به ، فانه لم يخل من المآخذ والانتقادات • واول هذه الانتقادات انه عرف البطلان بعدم الصحة او عدم النفاذ ، مع ان البطلان هو عدم الصحة ، وبالتالي فان المصطلح الاخير لايفيد في توضيح البطلان الذي هو بحاجة الى توضيح ، ومن ناحية اخرى فان التسوية في المعنى بين عدم الصحة وعدم النفاذ امر غير مقبول ، للاختلاف الواضح بينهما • فعدم الصحة يرد علىالتصرف ذاته ، بينما يتناول عدم النفاذ التصرف في مرحلة تالية لانشائه وهي مرحلة عدم ترتيب الاثار. والواقع ان التصرف في هذه الحالة يكون باطلا ، وعدم قدرته على ترتيب اثاره ناتج عن بطلانه•وبنفس الوقت فان عدم نفاذه مترتب على عدم الصحة (البطلان) •

واذا كان الواقع العملي هو الذي ادى الىعدم التفريق بين عدم الصحة وعدم النفاد وادخال الاخير في عناصر التعريف ، فان الدقة تقتضي وجود مثل هذا التفريق ، سيما وان عدم النفاذ اوسع نطاقا من البطلان ، فقد يكون عدم نفاذ التصرف عائدا الى سبب اخر غير البطلان•

الفرع الثاني

تعريف البطلان بوصفه جزاء

ينظر جانب اخر من الفقه الى البطلان من زاوية الاثار التى تترتب على التصرف القانوني المعيب • او هو واقعة وجود تصرف تحرم من بعض الاثار نتيجة تخلف الشروط المقابلة لها والتي يفرضها القانون • [٢] حيث يرى اصحاب هذا الرأي ان البطلان لا ينصب على التصرف القانوني المعيب ، بل يرد على اثاره فيحول بينها وبين تحقيق مفعولها• فالمشرع لا

---

[١] تعريف اوبرى وزو مشار اليه لدى د• جميل الشرقاوي ،نظرية بطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق ،ص٥٧

[٢] د• عبد الحكم فودة ،البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ،دار المطبوعات الجامعية ،١٩٩٣، ١٨، من الفقه الفرنسي جابيو ،درجول ،مشار اليهم لدى د• جميل الشرقاوي ،المرجع السابق،ص٦٠،ومن المؤيدين لهذه الفكرة د• عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ،ط ١٩٨١ ،ص٦٤٣

ينظر الى التصرف كغاية ، وانما ينظرالى الاثار المراد تحقيقها بناء على هذا التصرف . وهو عندما يضع جزاء كالبطلان انما يقصد منه ضمان تحقيق هذه الاثار ، فالتصرف عبارة عن وسيلة ، والبطلان ــ وفق هذه النظرة ــ جزاء على مخالفة التصرف للقواعد القانونية يتمثل في عدم ترتيبه للاثار القانونية وليس حالة يوصف بها التصرف نفسه (١) .وهم بذلك ينكرون أي وجود للتصرف القانوني ، ويرون فيه فكرة او تصورا خياليا ، ليس له في حقيقة الواقع وجود.

واذا تركنا جانبا الخلاف الدائر حول وصف التصرف بالكائن الحي ، ومدى صحة هذا التمثيل ، فانه لا بد من التسليم ــ على الاقل ــ بالوجود القانوني للتصرف ،لان انكار وجوده لا يتفق مع المنطق او الواقع .

والملاحظ ان المنكرين لوجود التصرف القانوني يتكلمون عنه كنظام قانوني يخدم الافراد ومصالح الجماعة ، ويسترسلون في بيان اركانه وشروطه ، بالاضافة الىالاعتراف بالاثار المترتبة على الاجراء الصحيح ، فهم يقرون ان مصدر وسبب هذه الاثار هو التصرف القانوني الصحيح ، بينما نجدهم بالمقابل ينكرون اي وجود للتصرف القانوني ، وفي ذلك تناقض واضح من المفترض تجاوزه عن طريق الاعتراف بالوجود الفعلي للتصرف.

الفرع الثالث

البطلان وصف للتصرف القانوني

تبين مما سبق ،أن انكار وجود التصرف القانوني أمر لا يمكن التسليم به حتى ممن انكر وجوده وبنفس الوقت تحدث عن خصائصه و شروطه .فالتصرف موجود قانونا ومن مقتضيات هذا الوجود ان يعزى اليه ما يلحق به نتيجة تخلف احد شروطه .فاثار التصرف – كما سبق القول– نتائج تترتب على وجود التصرف نفسه .فاذا كانت غاية البطلان هي عدم ترتيب الاثار ، فانه لا يمكن تحقيق هذه الغاية دون ان تكون لذلك وسيلة تظهر من خلال التصرف نفسه لامن خلال الاثار مباشرة .

---

(١) مع ان التصرف (اوالاجراء) ليس غاية في ذاته وفقا لانصار هذا الراي ، الا ان المشرع يشترط ان يتم هذا الاجراء وفق النموذج القانوني الذي رسمه له وذلك اعمالا لمبدأ عام وهو ان القاعدة القانونية قاعدة ملزمة للمخاطبين باحكامها ، فلا يجوز مخالفتها ، وهذا هو الاصل بالنسبة لجميع القواعد القانونية الامرة على الاقل .

فتعريف البطلان " بعدم نفاذ الاثار " وان كان وصفا لمظهر البطلان ،فانه لن يكون تحديدا دقيقا لمعناه ، فهو وان كان يكشف عن غايته فلا يعتبر بيانا لطبيعته ، فاثر البطلان او غايته شيء منفصل عن طبيعته التي يجب ان يكشف عنها تعريفه ،فضلا عن ان عدم النفاذ يتسع ليشمل اسبابا اخرى غير البطلان ،وبذلك لن يكون تعريف الاخير بعدم النفاذ مانعا من دخول انظمة اخرى في نطاقه.

يتضح – من جهة اخرى – ان اعتبار البطلان وصفا للتصرف القانوني لا يعد غاية في حد ذاته ، بل هو وسيلة الى عدم ترتيب الاثار على التصرف التي كانت ستنتج عنه فيما لو صدر صحيحا . وفي هذا الحرمان تستقر غاية البطلان ، وهذه الغاية هي التي يمكن تسميتها "بالجزاء" [١]

اذاً يقضي التعريف السليم للبطلان انطلاقا من بيان ماهيته الى اعتباره وصفا يلحق التصرف القانوني المعيب ، ثم ياتي في مرحلة تالية ايقاع الجزاء المتمثل في عدم نفاذ التصرف وهذا الوصف ينطبق على كل جزاء ،ففي نظام قانون العقوبات يحدد القانون شروط واركان الفعل المجرم ، فاذا حدثت واقعة شكلت جريمة معينة ،يتم وصفها بهذا الوصف اولا ، ثم يتبع ذلك فرض الجزاء الذي نص عليه المشرع وفق هذا التكييف،وخلاصة الأمر أن افضل تعريف للبطلان ينطلق من النظر اليه بان وصف ينصب على التصرف القانوني المعيب ،وهذا الوصف هو الذي يحرك الجزاء الذي رتبه القانون على البطلان وهو عدم ترتيب الآثار .[٢]

بعد ان استعرضنا تعريف البطلان في القانون المدني [٣] ستنتقل في المطلب التالي لتعريفه في فقه الاجراءات الجزائية. حيث تعددت التعريفات ؛ فمنها من يعتبره جزاء ومنها من يعتبره وصفا يلحق الاجراء .

---

[١] د. عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص ٢٠

[٢] د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ص٦٩ – ٧١

[٣] يرى د. فتحي والي انه لا توجد اية فائدة في دراسة نظرية التصرف القانوني في نطاق نظرية الاعمال الاجرائية . والواقع ان استراض التعريفات الواردة بشأن البطلان في القانون المدني كانت الغاية منها توظيف بعض التعريفات التي ترى فيه وصفا للتصرف في مجال العمل الاجرائي . د. فتحي والي ، نظرية البطلان ،المرجع السابق ، ص ص ١٤٤-١٤٨

المطلب الثاني
تعريف البطلان في فقه الاجراءات الجزائية

يمكن رد التعريفات التي وردت في تعريف البطلان الى طائفتين : الاولى تنظر اليه باعتباره جزاء ، والثانية ترى فيه وصفا يلحق الاجراء المعيب . ويمكن بيان هذه التعريفات في الفروع التالية :

الفرع الاول : كون البطلان مجرد جزاء

الفرع الثاني : كون البطلان وصف يلحق بالاجراء المعيب

الفرع الاول
كون البطلان مجرد جزاء

ترتكز غالبية التعريفات الواردة في تعريف البطلان الى فكرة تعتبر البطلان جزاء يترتب على اجراء يخالف القانون .[1] لقد تم تعريف البطلان على انه"جزاء اجرائي يلحق كل اجراء معيب وقع بالمخالفة لنموذجه المرسوم قانونا ، فيعيقه عن اداء وظيفته ،ويجرده من آثاره القانونيةالتي كان يمكن ترتيبها لو وقع صحيحا"[2]

او على أنه "جزاء اجرائي يستهدف له كل عمل اجرائي لا يتوافر فيه عنصر او اكثر من العناصر الجوهرية التي يستلزمها فيه،ويترتب عليه عدم انتاجه الاثار القانونية التي ترتبها القاعدة الاجرائية عليه اذا كان كاملا"[3] وهو "جزاء اجرائي لان قانون الاجراءات الجنائية هو الذي يقرره كاثر لتخلف شروط اجرائية تطلبها صراحة او ضمنا"[4]

---

(١) د. معتصم مشعشع،بطلان الاجراءات الجزائية،المرجع السابق ،ص٤١٣

(٢) د.سليمان عبد المنعم،بطلان الاجراء الجنائي ،محاولة تأصيل أسباب البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية،١٩٩٣،ص١ وبنفس المعنى أنظر د.مدحت الحسيني ،البطلان في المواد الجنائية ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،١٩٩٣،ص١٧

(٣) د.عبد الفتاح الصيفي ،النظرية العامة للقاعدة الاجرائية الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٤٣

(٤) د.عبد الحكم فودة،البطلان في قانون الاجراءات الجنائية،دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،١٩٩١،ص٩،وبخلاف هذا الرأي انظر لنفس المؤلف،البطلان في القانون ا لمدني والقوانين الخاصة ،دار المرجع السابق ، ص٢٠ ،حيث يميل في مؤلفه الاخيرالى اعتبار البطلان وصفا يلحق ا لتصرف لا جزاء يترتب على الاجراء المعيب، من انصار هذا الرأي في الفقه المدني ،د.عبد الرزاق السنهوري،مصادر الالتزام- العقد-ط١٩٨١ ص٦٤٣ ،د.توفيق فرج الصده،النظرية العامة للالتزام ،ج١،ط١٩٧٨،ص١٩٠

وهنالك من يعرفه بأنه "جزاء اجرائي يترتب على مخالفة احكام القانون المتعلقة بأي اجراء جوهري يؤدي الى منعه من ترتيب اثره القانوني"(١) أو انه " الجزاء الذي يقع على اجراء معين فيبطله كليا او جزئيا،اما بسبب اغفال عنصر يتطلب القانون توفره في الاجراء واما لان الاجراء بوشر بطريقة غير سليمة " (٢)

من المآخذ على التعريف الاخير انه قسم البطلان الى بطلان كلي واخر جزئي.فالبطلان باعتباره وصفا للاجراء الجزائي المعيب لا يقبل التجزئة ، ولا يوجد اجراء نصفه صحيح ونصفه الاخر باطل • فالاجراء اما ان يكون صحيحا او باطلا (٣)

ان النهج السابق الذي يرى في البطلان جزاء على عدم تحقيق الاجراء المخالف للقانون لاثاره المترتبة عليه فيما لو صدر صحيحا ، نهج يتسم بعدم الدقة لان هذا التحليل يتناول الاجراء الباطل في المرحلة التالية لاعتباره كذلك ، أي في مرحلة ترتيب الاثر على هذا الاجراء •

---

(١) فاروق الكيلاني،محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ،شركة المطبوعات الشرقية ،بيروت ،ط٣ ، ١٩٩٥ ،ص٨٩ ،وبنفس المعنى انظر د.محمد صبحي نجم ،قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١ أحكام تطبيقه ومضمونه ،المرجع السابق ، ص٣١٨ .

(٢) د. لؤي حدادين ،نظرية البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، المرجع السابق ،ص٥ ،قريب من هذا المعنى محمد كامل ابراهيم ، احكام الدفع بالبطلان امام القضاء الجنائي ،الدار البيضاء للطباعة والنشر ،ط١ ،١٩٩١ –١٩٩٢ ،ص١١

(٣) تم انتقاد فكرة تجزئة البطلان في القانون المدني والتي تقضي بانه اذا كان التصرف القانوني في جزء منه صحيحا والجزء الاخر باطلا تم ابطال الاخير دون الشق الاول • ومثاله العقد الصحيح في جزء منه والقابل للابطال في الجزء الاخر • ويرى انصار النظرية الكليه في البطلان انه حتى في الحالات التي يبدو فيها ان البطلان وقع عتى جزء من التصرف القانوني فانه في واقع الامر يكون التصرف مركب بحيث يمكن القول بان البطلان وقع على تصرف منفصل وليس على جزء من تصرف • وعلى اية حال فانه لا مجال لوجود مثل هذا الخلاف في نطاق الاجراءات الجزائية، فالبطلان اما ان يقع على الاجراء الجزائي بكامله او لا يقع انظر تفصيل ما تقدم لدى د• جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ص ٨٤ – ٨٨

الفرع الثاني
كون البطلان وصفا يلحق بالاجراء

يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان البطلان وصف يلحق الاجراء الجزائي ، وليس هو الجزاء المترتب على اثاره مباشرة . [١] فتعريف البطلان بانه جزاء ، تعريف غير جامع ولا مانع .فعدم تحقيق الاثار اوسع من البطلان ، وقد يعود عدم تحقيق الاثار الى سبب اخر غير البطلان ، كالسقوط ، او عدم القبول ، او غيرهما من الجزاءات الاجرائية الاخرى .

يبدو ان افتراض وضوح المقصود من البطلان هو السبب في عدم الاهتمام بدراسة طبيعته ، او عدم وضع تعريف محكم مستند الى هذه الطبيعة . [٢] فغالبيه التعريفات الفقهيه – وكما بينت سابقا – تنطلق فى تعريف البطلان من كونه جزاء يلحق التصرف او الاجراء الجزائى . وقد تبين لنا مما سبق عدم دقه التعريفات التى تخلط بين الوصف والجزاء فبطلان الاجراء لايشكل بذاته جزاء يترتب على مخالفه هذا الاجراء للقانون ، وانما يتمثل الجزاء فى منع الاجراء المتصف بالبطلان من ترتيب اثاره . فوصف الاجراء بالبطلان مرحله تسبق ترتيب الجزاء على الاجراء المعيب.[٣]

واذا كان البعض يرى انه لاتوجد اهميه من الناحيه العمليه فى التفريق بين وصف الاجراء بالبطلان اولا ثم ترتيب الجزاء عليه ، حيث يترتب على بطلان الاجراء عدم تحقيقه لاثاره ، وبالرغم من وجاهه هذا الراى ، فانه يجب ان لا يبعدنا عن تحرى الدقه فى تعريف البطلان وبيان طبيعته ، خاصه اذا ما علمنا ان عدم تحقيق الاجراء للاثار قد يعود لاسباب اخرى غير البطلان . من هنا تبدو عدم دقه تعريف البطلان بانه جزاء .[٤]

---

[١] د . معتصم مشعشع ، بطلان الاجراءات الجزائية ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ ، د . مفلح القضاة ، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط ٣ ، ١٩٩٨ ، ص ٢٨٨

[٢] ينكر اصحاب هذا الرآي الذي يرى في البطلان مجرد جزاء أي وجود للتصرف القانوني ويعتبرونه مجرد خدعة خيالية . والعبرة للاثار التي يرتبها التصرف القانوني . انظر تفصيل ذلك . د . جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان ، مرجع سابق ، ص ٥٣ وما بعدها . وانظر كذلك د . عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، مرجع سابق ، ص ٢١ .

[٣] تجدر الاشارة ان بعض الفقهاء لم يقم بتعريف البطلان ،انظر على سبيل الثال د. احمد فتحي سرور ،المرجع السابق، د. محمود محمود مصطفى ،شرح قانون الاجاءات الجنائية ، المرجع السابق د.رمسيس بهنام ،الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، مرجع سابق

[٤]د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص ٧١

اذا باستبعاد التعريفات التى تستند الى فكره الجزاء فى تعريف البطلان ،يبقى امامنا التعريفات التى ترى فى البطلان حاله او وصفا للاجراء الذى لم تكتمل شروطه القانونية . وهذا الراى لايكفى وحده لاكتمال عناصر التعريف . اذ من غير المتصور ان يكتفى المشرع باطلاق وصف البطلان على الاجراء ، لان هذا الوصف يغدو دون معنى اذا لم تترتب عليه نتائجه ، وهى منع الاجراء من ترتيب اثاره ، وبنفس الوقت لايجوز اقتصار دور القضاء على تقرير بطلان اجراء معيب دون ترتيب النتائج على هذا التقرير . والقول بخلاف ذلك يؤدي الى فقد القاعده القانونيه لشقها الاخر المتمثل فى عنصر الجزاء المقرر بمقتضى القانون (١) والتفرقه السابقه بين الوصف و الجزاء يجب ان لاتتعارض مع اعتبار البطلان نظاما جزائيا ينتج عما تتصف به القاعده القانونية من وصف الجزاء والتى تميزها عن غيرها من القواعد الاخرى فى المجتمع .

بناء على ماسبق يمكن تعريف بطلان الاجراء الجزائى بانه " **وصف او حالة يتسم بها الاجراء الجزائى المعيب تؤدي الى عدم تحقيق هذا الاجراء لاثاره القانونية** " .

يتضح لنا من خلال تحليل عناصر التعريف السابق قدرته على الفصل بين المراحل المتتابعة التى يمر به توقيع الجزاء نتيجة لمخالفة الاجراء للقانون ، حيث يوصف الاجراء فى المرحلة الاولى بالبطلان ثم يتم توقيع الجزاء فى مرحلة تالية .

ويمكن تشبيه الوضع السابق بالدور الذى يقوم به القاضى الجزائى ، حيث ينظر القاضى بداية فى ماهية الفعل المعروض امامه ، فاذا ثبت له ان هذا الفعل يشكل مخالفة للقانون ، فانه ينعته بوصف الجريمة ، ثم ينتقل الى تطبيق الجزاء الوارد فى القانون على تلك الواقعة وهكذا هو الحال فى تحديد ماهيه البطلان حيث يوصف الاجراء بالبطلان ثم يتقرر الجزاء كاثر لهذا الوصف. لاشك ان تعريف البطلان استنادا الى طبيعته يؤدي الى وضع تعريف جامع مانع له ويودى الى تحليل دقيق للدور الذى يقوم به ، فنظام البطلان لا يقوم على اعتبار كل جزاء مخالف لاى قاعدة اجرائية باطلا ، فمخالفة بعض القواعد دون الاخرى ، وضمن شروط معينة ، هى التى يترتب على مخالفتها البطلان . (٢) تلك الشروط والقواعد التى سيتم بيان احكامها فى هذه الدراسة لاحقا .

---

(١) د. عبد الحكيم فوده ، المرجع السابق ، ص٢٦

(٢) د. معتصم مشعشع ،البحث السابق ،ص٤١٤

المبحث الثانى
عوارض الاجراء الجزائى

بما ان جوهر الجزاء الاجرائى هو منع الاجراء الذى لم تتوفر فيه الشروط والعناصر التى تطلبها القانون من تحقيق الاثار التى يرتبها المشرع عليه فيما لو صدر صحيحا، فان مثل هذه الجزاءات تتعدد وتختلف باختلاف العنصر او الشرط الذى تمت مخالفته ، فيتراوح الجزاء بين البطلان والسقوط وعدم القبول ، وقد تصل المخالفة الى اعلى درجاتها وتؤدي الى عدم الوجود القانونى للاجراء . [١]

وبالرغم من وجود اوجه للتشابه بين تلك الجزاءات الاجرائيه فان ذلك لاينفى وجود عدة مظاهر للاختلاف والتباين فيما بينها[٢] او بينها والبطلان ، الامر الذى يستدعى دراسة اهم هذه الجزاءات وهي السقوط وعدم القبول والانعدام ، اضافة الى انه كثيرا ما يختلط البطلان مع الخطا فى القانون مما يستلزم تجلية هذا الامر وبيان الفرق بينه وبين البطلان . لذلك سيتم دراسة هذا المبحث ضمن المطالب التالية :-

المطلب الاول :السقوط او"الرد "

المطلب الثاني :عدم القبول

المطلب الثالث :بطلان الاجراء الجزائي والخطأ في تطبيق القانون

المطلب الرابع : بطلان الاجراء الجزائي والخطأ المادي

---

(١) د. عبد الحميد الشواربى ، البطلان الجنائى ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ص١٣

(٢) د. مامون سلامه ، قانون الاجراءات الجنائيه معلقا عليه بالفقه واحكام القضاء ، المرجع السابق ، ص١٨٩

المطلب الاول
السقوط " الرد "

يستخدم المشرع الاردنى مصطلح " الرد" للدلالة على الاثر المترتب على سقوط الحق او السلطة فى عدم مباشرة اجراء ما خلال فتره معينة .

فقد جاء فى الفقره "٣" من المادة ٢٦١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمتعلقة باستئناف الاحكام الجزائية مايلى " ويرد الاستئناف شكلا اذا قدم بعد هذا الميعاد". وتنص المادة "٢٧٩" من نفس القانون على مايلى " تدقق المحكمة اضبارة التمييز فاذا وجدت ان الاستدعاء مقدم ممن ليس له حق التمييز او ان الشرائط الشكلية ناقصة او لم تكتمل فى الميعاد القانونى تقرر رد الاستدعاء شكلا.(١)

ولبيان جزاء السقوط والتعريف به ، وتمييزه عن البطلان سيتم تقسيم هذا المطلب الى الفرعين التاليين :

الفرع الاول
ماهية السقوط او " الرد "

اولا : تعريف السقوط

اورد الفقهاء تعريفات مختلفة للسقوط يجمع بينها، النظر اليه بانه جزاء اجرائي يرد على الحق فى مباشرة اجراء معين اذا لم يتم خلال المدة المحددة فى القانون .

فعرفه البعض بانه " جزاء اجرائى يرد على السلطة او الحق فى مباشرة العمل الاجرائى اذا لم يقم به صاحبه فى خلال الفترة التى حددها القانون (٢)

وعرفه اخر بانه " جزاء اجرائى لعدم القيام بواجبات اجرائية معينة ، او لعدم استعمال حقوق معينة من هذا القبيل خلال معياد محدد او قبل حدوث امر معين " ومن الفقه الاردنى عرف السقوط بتعريف قريب من هذه التعريفات ، وقيل بانه " الجزاء الذى يترتب على عدم

(١) تنص الماده السابقه لهذه الماده على مايلى " للمحكوم عليه غيابيا ان يعترض على الحكم فى ميعاد عشره ايام ابتداء من اليوم الذى يلى تاريخ تبليغه الحكم "

(٢) د. احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائيه ، المرجع السابق ، ص ٤٥٥ حيث يميز بين السلطه فى مباشره العمل الاجرائى التى تنصرف الى الموظف العام او الحق فى مباشرهى هذا العمل الذى يقوم به الافراد العاديون ، انظر د. عبد الحميد الشواربى " البطلان الجنائى" ص ١٣

ممارسة الحق خلال الوقت الذى حدده القانون " [١] واخيرا تم تعريفه بانه جزاء اجرائى يترتب على عدم ممارسة " المكنة " فى مباشرة العمل الاجرائى خلال المهلة التى حددها القانون .[٢]

ويضيف جانب من الفقه الى التعريفات السابقة -التي تصف السقوط بانه جزاء على انقضاء الحق في اتخاذ اجراء ما بعد فوات الوقت الذي يحدده القانون ، عنصرا او حالة اخرى له ، تتمثل بعدم تواجد صاحب الحق بشخصه تحت تصرف المحكمة بعد اتخاذه الاجراء في موعده . [٣]استنادا الى ان اساس هذا الجزاء هو اما المحاسبة على عدم استخدام الوقت او الرد على عدم جدية صاحب الحق في استخدام حقه الاجرائي .

ومن الفقهاء من ينتقد التعريفات السابقة التي تعرف السقوط بانه جزاء عدم اتخاذ الاجراء في الوقت المحدد له قانونا ،ويرى بان السقوط جزاء يترتب على تخلف شرط لازم لبقاء الاجراء قائما .وهذا يقتضي -وفقا لهذا الرأي – ان يكون الاجراء صحيحا عند اتخاذه مستوفيا لجميع شروط صحته ، فيعرض له عارض لاحق لصدوره يخل بشرط لازم لوجوده و يؤدي بالنتيجة الى سقوطه .[٤]

وقد خلص اصحاب الراي الاخير الى عدم دقة التعريفات السابقة ، وقالوا بان التمييز بين السقوط والبطلان لا يكمن في ورود الاخير على الاجراء ذاته والسقوط يرد على الحق في مباشرته ، لأن مباشرة الاجراء في وقته لا يعتبر شرطا من شروط بقائه ، بل شرطا من شروط صحته ، ويترتب على ذلك ان اتخاذ الاجراء في غير الوقت المحدد له لا يؤدي الى سقوطه وانما يؤدي الى بطلانه . فالتفتيش الذي يتم بعد انتهاء المدة الواردة في اذن التفتيش يكون باطلا ، كما ان تسجيل المحادثات الهاتفية بعد انقضاء الاجل المحدد لتسجيلها يعتبر اجراء باطلا ولا يجوز وصف أي اجراء من هذه الاجراءات بانه ساقط .

وخلاصة الامر فان اصحاب هذا الراي يفرقون بين الاجراء الذي يتم بعد سقوط الحق في مباشرته ، عندئذ يعتبر الاجراء باطلا لتخلف شرط من شروط صحته ، وبين الاجراء الذي يتم قبل سقوط الحق في اتخاذه عندما يوجب القانون بقاء الحق قائما كشرط لبقاء الاجراء

---

[١] فاروق الكيلانى ، محاضرات فى قانون اصول المحاكمات الجزائيه الاردنى والمقارن ، مرجع سابق ص ١٠٤ .

[٢] محمد الالفى ، الدفع بالسقوط فى قانون الاجراءات الجنائيه وفقا لقضاء محكمه النقض ، دار المطبوعات الجامعيه ، الاسكندريه ، ط١، ١٩٩٧، ص٣ .

[٣] د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٢٣

[٤] د. عوض محمد ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩ ،ص٥٦٨

ففي مثل هذه الحالة يسقط الاجراء تبعا لسقوط الحق فيه . ومن الامثلة على ذلك ، سقوط الاعتراض في الحكم الغيابي رغم التقدم به فعلا لعدم حضور المعترض الجلسة الاولى للمحاكمة الاعتراضية او تغيبه قبل ان يتقرر قبول اعتراضه شكلا .[١] او ما تتطلبه المادة (٤٢١)من قانون الاجراءات الجنائيةالمصري من المستأنف ، ان كان محكوما بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ ، من ان يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة ، وتجعل هذا الامر شرطا لبقاء استئنافه قائما ، فان تخلف سقط استئنافه .[٢]

واذا أردنا الاخذ بذات المنهج الذي اتبعناه في تعريف البطلان فاننا سنصل الىعدم دقة التعريفات التي تصف السقوط بانه جزاء على نحو ما تم بيانه في تعريف البطلان . ومن جانب اخر فانه لا يمكن الاخذ بالتعريف الاخير والتسليم بالنتائج التي توصل اليها على نحو مطلق . وارى ان افضل تعريف للسقوط هو ذلك التعريف الذي يفصل بين الاجراء المتصف بالسقوط والجزاء المترتب عليه . وبناء عليه يمكن تعريف السقوط بانه **وصف او تعبير عن حالة سقوط الحق في عدم اتخاذ اجراء جزائي معين خلال الوقت المحدد له قانونا ، يترتب عليه عدم انتاج هذا العمل لاثاره التي كان من الممكن ان تترتب عليه لو تم خلال المدة التي حددها المشرع .**

فالاجراء المتخذ في غير الوقت المحدد له يكون مردودا لا باطلا الا اذا كان الاجراء بالاضافة لمخالفة شرط المدة اشتمل على احد العيوب الاجرائية الاخرى . فالسقوط مرحلة تسبق الجزاء المترتب على الاجراء ، تليها مرحلة عدم ترتيب الاثار على الاجراء الذي لم يباشر خلال المدة المحددة قانونا ، أي رد العمل ، ولا يعني ذلك بالطبع عدم وصف السقوط بانه نظام جزائي يترتب عليه عدم تحقيق الاجراء لاثاره القانونية فيما لو اتخذ ضمن المدة المحددة قانونا .

ويميز جانب من الفقه بين السقوط كعمل اجرائي والسقوط الموضوعي ، كسقوط الدعوى او العقوبة بسبب التقادم . فسقوط الدعوى الجزائية يعني انقضاء سلطة الدولة في عقاب الجاني بمضي مدة معينة من يوم ارتكاب الجريمة ، وبانقضاءهذه السلطة تزول معها

---

[١] انظر المادة ١٨٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، د.رمسيس بهنام ، المرجع السابق ،ص١٢٠

[٢] د. عوض محمد ،المرجع السابق ،ص٥٦٨ حيث يدلل على صحة ما يقول بان الفقه والقضاء متفقان على وصف مثل هذه الاجراءات بانها باطلة وليست ساقطة .

سلطة الدولة في الادعاء على المتهم . ولما كانت هذه المكنة ليست شرطا موضوعيا لصحة اجراءات رفع الدعوى فان عدم توافرها لا يؤدي الى البطلان [١]

والواقع ان السقوط كجزاء اجرائي يرد على المضمون الشكلي للدعوى وينصب على اجراء من اجراءاتها التي سقط الحق في اتخاذها ، اما السقوط الموضوعي فيرد على المضمون الموضوعي للدعوى فيسقط حق الدولة في العقاب ، وان كان المضمون الشكلي للدعوى الجزائية يسقط بالسقوط الموضوعي .

ويرى جانب اخر من الفقه انه لكي يكون للزمن فعاليتة في المجال القانوني ، فانه لا بد ان يكون له امتداد (اجل) ، وان انتهاء هذا الاجل هو سبب السقوط وهو عامل انقضاء موضوعي على غرار عامل الانقضاء في التقادم .[٢]

واذا كانت الامثلة على سقوط الاجراء الجزائى كثيرة ، فانه يجمعها فكرة تقيد الحق او السلطة " المكنة " فى مباشرة العمل الاجرائي ضمن مدة معينة ، فان بوشر الاجراء خلال تلك المده انتج اثاره المرجوه منه ان لم يشبه عيب اجرائى اخر ، وان مضت تلك المده دون مباشرة ذلك الاجراء فقد فاعليته ولم يعد محلا لحق او سلطة .[٣]

ثانيا : صور السقوط

لما كان الزمن هو العنصر الرئيس الذى تتمحور حوله فكرة سقوط المكنة فى مباشرة العمل الاجرائى ،لكنه ليس الوحيد ، فانه وفقا لذلك يمكن بيان صور السقوط على النحو التالي:

الصوره الاولى : ان يقترن السقوط بمهلة محددة سلفا .

ومن امثلتها ، سقوط الحق او السلطة فى الطعن فى الاحكام بمرور المدة المقررة قانونا .[٤] او مرور ميعاد الثلاثه اشهر التى يجوز للنائب العام خلالها ان يلغى الامر الصادر من احد اعضاء النيابة العامة بالاوجه لاقامة الدعوى الجنائية وفق التشريع المصرى

[١] د. احمد فتحي سرور ،المرجع السابق ، ص٥٧ حيث يرى ان السلطةفي الدعوى الجنائية تملكهاالدولة كمظهر من مظاهر سيادتها وهي لا تنقضي ما دام للدولة كيانا قانونيا ، اما السلطة في الدعوى على متهم معين فهي توجد وتنقضي بوجود سلطة الدولة في العقاب وانقضائها .

[٢] د. محمد ابراهيم زيد ،المرجع السابق ،ص٤٣٤

[٣] د٠ مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١١

[٤] انظر المواد ، ١٨٥،٢٧٩،٢٦١، من قانون اصول المحاكمات الجزائيه والتى سبقت الاشاره اليها .

التشريعات المشابهة له ، او فوات ميعاد الستة اشهر التى لايجوز بعدها تنفيذ امر الضبط او الاحضار او امر الحبس (١)

ومن امثلة هذه الصورة – ايضا– سقوط الحق فى تقديم الشكوى المطلوبة لتحريك دعوى الحق العام فى جريمة الزنا بعد مرور ثلاثة اشهر على علم الزوج او الولى بخبر الجريمة (٢) .

مع العلم ان المشرع الاردنى – وباستثناء جريمة الزنا – لم يضع مدة معينة للجرائم التى يتوقف تحريكها على شكوى يسقط بمضيها الحق فى رفعها ، كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، وعلى سبيل المثال فالمشرع المصرى ينص فى الماده ٢/٣ من قانون الاجراءات الجنائية على ان تقدم الشكوى عقب الحادث وفى خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها .ونتمنى على المشرع الاردنى ان ياخذ بالحكم الوارد فى التشريع المصري حتى لايبقى امر المشتكى عليه معلقا لفترة طويلة .(٣)

وورد السقوط في المادة ١٠ /ج من قانون اصول المحاكمات الجزائية العسكري والتي تنص على ما يلي "يرد الاستئناف شكلا اذا قدم بعد مضي المدة المقررة وفق احكام هذه المادة (٤)

كما استخدم المشرع مصطلح السقوط عند بيانه لاسباب انقضاء الدعوى والعقوبة حيث تنص المادة ٣٣٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على مايلي "تسقط دعوى الحق العام ودعوى الحق الشخصي بانقضاء عشر سنوات من تاريخ وقوع الجناية اذا لم تجر ملاحقة بشانها خلال تلك المدة "(٥)

وتجدر الاشارة ان سقوط الحق في مباشرة اجراء ما لانتهاء المدة المحددة قانونا ليس دائما امرا ملزما ؛ فقد ينص المشرع على ضرورة حصول اجراء معين ضمن مدة زمنية محددة ، ومع ذلك تبقى فاعلية الاجراء في انتاج اثاره متوافرة بالرغم من وقوع هذا الاجراء بعد انتهاء المدة المحددة قانونا . فقد يهدف المشرع من ايراد تلك المدد حث متخذ الاجراء على الاسراع فيه ؛ فعلى سبيل المثال توجب المادة ١٣٠ /ب من قانون اصول المحاكمات الجزائية على النائب العام اذا وجد قرار المدعي العام المرفوع اليه في محله ان يصدر قرارا

---

(١) انظر المادتين ٢١١ ، ١٣٩ من قانون الاجراءات المصرى ، والماده ١١٩ من قانون الاجراءات الجزائيه الاماراتى .

(٢) انظر الماده ٣/٢٨٤ من قانون العقوبات .

(٣) انظر د. محمد صبحى نجم ، المرجع السابق ، ص ٧٠

(٤) نشر قانون اصول المحاكمات الجزائية العسكري الؤقت رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٢ في عدد الجريدة الرسمية ٤٥٥ الصادر بتاريخ ١٦ /٦/٢٠٠٢ وعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره .

(٥) انظر ايضا المواد ٣٣٥ ، ٣٣٦،٣٤١ ،من نفس القانون

بالموافقة على ذلك القرار خلال ثلاثة ايام من وصول اضبارة الدعوى الى ديوانه ٠ الا انه من المتفق عليه ان مخالفة المدة الزمنية الممنوحة للنائب العام في هذه المادة لا ترتب سقوط قراره او بطلانه [١] مع الاشارة الى ان ذكر المشرع لمثل هذه المدد تجعل الاشخاص المخاطبين بها خاضعين للمراقبة والمساءلة من قبل رؤسائهم ان هم تجاوزوا تلك المدد او توانو في اداء واجباتهم . ومن الامثلة الاخرى ، ما اوجبته المادة ٩/أ من قانون محكمة الجنايات الكبرى على المدعي العام من ان يصدر قرار الظن خلال سبعة ايام من تاريخ اقفال باب التحقيق [٢]

اضافة الى ما سبق ، فان السقوط يرد على المكنة في مباشرة العمل الاجرائي الذي يباشره خصوم الدعوى دون الاعمال التي يقوم بها قاضي الحكم . فاذا حدد القانون ميعادا له للفصل في الدعوى ، فانه بالرغم من فوات ذلك الميعاد يجب عليه الحكم في الدعوى لان المشرع في مثل هذه الحالات لا يتوخى غير حسن سير العدالة والحث على الاسراع في فصل الدعوى [٣]

الصورة الثانية: اقترانه بواقعة غير محددة سلفا

يشترط القانون في هذه الواقعة ان تكون ايجابية للاحتفاظ بالحق في مباشرة الاجراء ، مثل سقوط الحق في الاستئناف – في القانون المصري – من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ اذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة المعدة لنظر الاستئناف [٤] وكذلك سقوط الحق في الطعن بالنقض اذا لم يتقدم الطاعن للتنفيذ قبل يوم الجلسة.

الصورة الثالثة :سقوط الحق في مباشرة الاجراء عند عدم حصول واقعة معينة .

اذا كانت الحالة السابقة تتطلب واقعة ايجابية فهذه الحالة تتطلب واقعة سلبية يشترط القانون عدم توافرها للاحتفاظ بالحق في مباشرة اجراء ما[٥] ومن تلك الوقائع سقوط حق

---

[١] لمزيد من التفصيل انظر سميح المجالي ،قرار منع المحاكمة في القانون الاردني ،المرجع السابق ، ص٤٣

[٢] انظر المادة ٦٧ /١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمادة ٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العسكري ٠

[٣] د٠ احمد فتحي سرور ،المرجع السابق ،ص٧٣

[٤] المادة ٤١٢ من قانون الاجراءات الجنائية المصري

[٥] محمد كامل ابراهيم ،احكام الدفع بالبطلان امام القضاء الجنائي ، المرجع السابق ، ص١٩

المدعي بالحق الشخصي في رفع دعواه المدنية امام المحكمة الجزائية اذا سبق له اقامتها امام المحكمة المدنية مالم تكن النيابة العامة قد اقامت دعوى الحق العام عندئذ يجوز له نقل الدعوى المدنية الى المحكمة الجزائية اذا لم تكن قد فصلت فيها بحكم في الاساس [١]

وكذلك سقوط حق المتهم –في التشريع المصري –في الدفع ببطلان الاجراءات المتعلقة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي في نفس الجلسة اذا كان للمتهم محام وحصل الاجراء بحضوره دون اعتراض منه • وسقوط حق النيابة في الدفع بالبطلان لعدم تمسكها به في حينه [٢]

وبالرغم من ان نص المادة ٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني قد بين ان البطلان يزول اذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحة اوضمنا [٣]، فالسؤال المطروح هو ، هل يمكن القول بسقوط حق المتهم او محاميه باثارة الدفع بالبطلان في مرحلة التحقيق الابتدائي اذا لم يقم بذلك في حينه ؟

وفق تشريعنا ، لا يستطيع المحامي الكلام امام المحقق الا باذن الاخير ، لذلك ،يجب على المحامي أن يسجل دفوعه واعتراضاته على الاجراءات التي تتم في حضوره لدى المحقق ، حتى لا يفسر ذلك بانه تنازل منه عن حقه في الدفع بالبطلان•

ومن هذا المنطلق نرى الا يحرم المشتكى عليه من حق الطعن في بطلان اجراءات التحقيق الابتدائي بالرغم من حصولها في مواجهته ، وذلك بخلاف الحالة التي يكون للمذكور محام يتولى الدفاع عنه •

وقبل الانتهاء من صور السقوط لا بد من الاشارة الى تنظيم قانوني قد يختلط بفكرة السقوط ، وهو اعتبار الاجراء كأن لم يكن ، فهو يتفق مع السقوط من حيث ان الاجراء يبقى صحيحا منتجا لاثاره منذ اتخاذه حتى وقوع المخالفة ، لكنه يختلف عنه في ان المخالفة اذا وقعت فان اثرها يرجع الى لحظة نشوء الاجراء ، في حين تبقى اثار السقوط المترتبة على الاجراء قبل المخالفة موجودة ولا ينال منها السقوط. [٤]

ومن الامثلة على ذلك ؛ سقوط الحكم الغيابي الصادر في جناية اذا سلم المتهم نفسه الى الحكومة او قبض عليه قبل سقوط العقوبة ، حيث يعتبر الحكم ملغى حكما ، وتعاد المحاكمة

---

[١] انظر المادة ٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٢] نقض جنائي ٣١ ديسمبر ١٩٧٣ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، س ٢٤ ، ص ١٣٠٩

[٣] تم اضافة هذه المادة بموجب القانون المؤقت المعدل رقم ١٦ سنة ٢٠٠١

[٤] انظر د.رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص١٢١ ، د. عوض محمد ،المرجع السابق ، ص٥٦٩

من جديد . [١] فسقوط الحكم الغيابي في هذه الحالة يرجع الى واقعة علق عليها القانون هذا السقوط دون ان يكون في ذلك معنى الجزاء الاجرائي ، وبذلك يعتبر السقوط في هذه الحالة تنظيما اجرائيا يهدف الى كفالة العدالة ولا يعتبر جزاء اجرائيا .

ومن الفقهاء من يميز بين السقوط والحرمان كجزاء اجرائي ، حيث يرى ان الاخير جزاء يتمثل في عدم جواز القيام باجراء نظرا للاتيان بسلوك من الخصم يتعارض مع الحق في مباشرة الاجراء ، وقد يكون هذا السلوك واقعة قانونية او مادية . وبذلك يتميز الحرمان عن السقوط بان الحق في مباشرة الاجراء- في الاول -يكون قائما بينما ينتفي مثل هذا الحق في حالة السقوط . [٢]

الفرع الثاني

التمييز بين سقوط الاجراء الجزائي وبطلانه

بعد ان استعرضنا -بشكل سريع – احكام السقوط كأحد عوارض الاجراء الجزائي فانه لا بد من عقد مقارنة ما بينه وبين البطلان عن طريق التمييزبين ماهية كل منهما ونطاقه واثره .

فمن حيث الماهية : يرد البطلان على نفس الاجراء المعيب فيحول بينه وبين ترتيب اثاره القانونية فيما لو صدر صحيحا .كبطلان ضبط مادة ناتج عن تفتيش باطل او بطلان اعتراف ناتج عن تعذيب او اكراه . اما السقوط فانه لا يرد على الاجراء ذاته ، بل على المكنه في مباشرته بعد فوات المدة . او لحصول واقعة أو عدم حصولها وتتوقف مباشرته عليها . [٣]

من حيث النطاق :- البطلان اوسع نطاقا من السقوط ، فاذا كان البطلان جزاء لعدم مطابقة الاجراء الجزائي مع نموذجه القانوني ، سواء لتخلف احد مقومات العمل الاجرائي او لتجرده من احد شروطه الشكلية اللازمة لصحته فان هذه الشروط تتعدد بحيث تحتوي شرط المدة الذي يجب ان يتم خلاله الاجراء . لكن بالمقابل ليس الميعاذ او المهلة هي الشرط الوحيد لصحة العمل الاجرائي ، فهناك اشكال اخرى يتوقف صحة العمل الاجرائي على توافرها . اما السقوط فنطاقه محدود بعدم احترام المدة المقرره قانونا لذلك فان السقوط لا يجد مصدره في عيوب اخرى . وهكذا تبين لنا ان البطلان اوسع نطاقا من السقوط الذي ينحصر سببه في عدم ممارسة الاجراء ضمن المدة المقرره قانونا . [٤]

---

[١] المادة ٢٥٤ من قانون اصول المحكمات الجزائية ،والمادة ٣٩٥ من قانون الاجراءات الجنائية المصري ،د. حسن جوخدار ، اصول المحاكمات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ص ١٨٥-١٨٦

[٢] د. مأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧

[٣] محمد كامل ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٨

[٤] عبد الحكيم فوده ، مرجع سابق ، ص ٨٤

اخيرا ومن حيث الاثر ، فان الاجــراء الباطل يمكن تصحيحه اما الاجراء المتصف بالسقوط فانه يفترض انقضاء الحق في مباشرة العمل مما يتعذر معه تجديده او تصحيحه وهكذا يعتبر السقوط ابعد اثرا من البطلان .[١]

والعلة في جواز تصحيح الاجراء الباطل وعدم جوازه بالنسبة للاجراء المتصف بالسقوط ان البطلان ليس جزاء عدم المطابقة ما بين الاجراء المتخذ والنموذج القانوني المرسوم له فحسب ، ولكنه على وجه الخصوص جزاء تخلف الغاية التي شرع من اجلها الاجراء ،فان تحققت هذه الغاية بالتصحيح جاز ذلك واصبح الاجراء صحيحامنتجا لاثاره ،اما السقوط فهو جزاء عدم مباشرة العمل خلال الفترة المحددة قانونا ،ولايقلل من شان هذه القاعدة في التفريق بين الاجراءين امكانية استعادة الحق او السلطة في اتخاذ الاجراء بعد انتهاء المدة الواجب اتخاذه خلالها، كما في حالة اطالة مدة الطعن لوجود العذر القهري ،لان مثل هذا الاستثناء منوط بارادة المشرع ولا يعتبر حكما عاما منطبقا على كافة الاجراءات المتصفة بالسقوط [٢] اضافة الى ما سبق ،فان اسباب السقوط او حالاته واردة على سبيل الحصر لا المثال ،بخلاف حالات البطلان ،كما ان السقوط يترتب بقوة القانون ،اما الاجراء الباطل فلا بد ان يتقرر بحكم القضاء [٣] وبالرغم من اوجه الاختلاف السابقة بين الجزاءين ، فان من الفقهاء من يرى بان السقوط ليس الا صورة من صور البطلان ، فكلاهما يلتقي في مخالفته لاحكام القانون المتعلقة بالعمل الاجرائي ، بينما تكون مخالفة الاجراء الباطل اوسع نطاقا من شرط المهلة ،ويترتب على ذلك ان الاجراء الذي يباشر بعد انتهاء المدة المحددة له قانونا يعتبر باطلا [٤]

---

[١] د . رمزي سيف ، الوجيز في قانون المرافعات ، ط ١٩٦٥ ،ص ٤١١

[٢] د. سليمان عبد المنعم ،المرجع السابق ،ص٢٣

[٣] محمد كامل ابراهيم ،المرجع السابق ،ص٢٠

[٤] عبد الحميد الشواربي ،الدفوع الجنائية ،المرجع السابق ،ص٨٩٩ ،د. عبد الفتاح الصيفي ،المرجع السابق ،ص١٦٠ ،وهنالك من يرى ان السقوط يؤدي الى عدم القبول وليس البطلان ، فاذا سقط الحق في رفع الدعوى ،فان الدعوى تكون غير مقبولة ،انظر د.غنام غنام ،نظرية الانعدام في الاجراءات الجزائية ،لجنة التاليف والتعريب والنشر ،١٩٩٩ ص٣٣

المطلب الثانى
عدم القبول

الاجراء الجزائى الاخر هو عدم القبول[1] ، ويمكن التعريف به وبيان ماهيته وتمييزه عن البطلان ، وبيان موقف المشرع والقضاء منه فى الفروع التاليه :

الفرع الاول : التعريف بعدم القبول وبيان ماهيته

الفرع الثاني :التمييز بين عدم القبول والبطلان

الفرع الثالث : موقف المشرع والقضاء من عدم القبول

الفرع الاول
التعريف بعدم القبول وبيان ماهيته

عدم القبول : جزاء اجرائى يرتبه القانون على مخالفة احكامه المتعلقة بشروط صحة نوع معين من الاعمال الاجرائيه " الطلبات " ويترتب عليه الامتناع عن الفصل فى موضوعها [٢] اوهو جزاء لتخلف احد المفترضات الاجرائيه التى يتطلبها القانون والتى تعطى العمل الاجرائى الذى يرتكز عليها قابلية الاعتراف القانونى به وقبوله ٠ واغلب مايرد القبول على الدعوى وطرق الطعن فيها ٠[٣]

ومن الفقهاء من يعترض على التعريفات السابقة [٤] ويرى ان عدم القبول لا يرتبط بعيب معين ، لكنه لا ينفك عنه ، فكل اجراء غير مقبول يكون بالضرورة معيبا ، وليس من الدقة القول ان العيب يكمن في تخلف احد مفترضات ذلك الاجراء ، لان المفترض يندرج في الاجراء ويصبح شرطا من شروطه فان تخلف كان الاجراء معيبا . فالاجراء غير المقبول اما ان يكون معيبا او غير معيب ، ولا يمكن ان يكون مبرأ من كل عيب ، ويترتب على ذلك عدم دقة الراي الذي يقرر صحة الاجراء وبنفس الوقت يقرر عدم قبوله ، فالاصل في الاجراء السليم ان تترتب عليه اثاره القانونية وليس عدم قبوله .

---

[١] انظر على سبيل المثال المادتين ٢٧١و٢٧٤ من الاصول الجزائية

[٢] د٠ عبدالفتاح الصيفى ، النظريه العامه للقاعده الاجرائيه ، مرجع سابق ، ص ١٦٠

[٣] د٠ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الاجراءات الجنائيه ، المرجع المرجع السابق ،ص٣٤٤

[٤] د. عوض محمد ، المرجع السابق ،ص٥٧٠

اذا على القاضى وقبل البت فى موضوع الطلبات المقدمة اليه ان يتحقق بداية من استيفائها للشروط المطوبة قانونا ، فان فقدت احد شروط صحتها قضى بعدم قبولها، فالقانون يفرض شروطا معينة يجب مراعاتها عند رفع الدعوى او تقديم غيرها من الطلبات بحيث اذا تخلف شرط منها امتنع على القاضي الفصل فيها وقرر عدم قبولها .(١)

والامثله على حالات عدم القبول عديده منها ، رفع الدعوى الجزائية امام المحكمة دون سبق تقديم شكوى من المجنى عليه فى الجرائم التى يستوجب المشرع فيها وجود مثل هذا الاجراء(٢) او تحريك دعوى يتطلب المشرع فيها الحصول على طلب او اذن من جهات معينة قبل رفعها. (٣) فاذا رفعت الدعوى بالرغم من ذلك تقضى المحكمة بعدم قبولها لعدم تحقق مفترض اجرائى ، سابق لرفعها وهو تقديم شكوى او وجود طلب حسب مقتضى الحال.

وقد يكون هذا المفترض تصرفا قانونيا (مثل تقديم الشكوى او الطلب) او صفة يجب توافرها فيمن يباشر العمل الاجرائى ، كاشتراط صفة النائب العام او رئيس النيابة العامة فى الطعن المقدم لمحكمة التمييز من قبل النيابة العامة، اوتوافرصفة الولى او الوصى في الشخص الذي يقدم الطعن نيابة عن الحدث(٤) او واقعة معينة كعدم فوات مدة الطعن او عدم اكتمال مدة تقادم الدعوى او اشترط المشرع عدم قبول الطلب الا بعد مرور مدة معينة فى المفترض الاجرائى ، مثل عدم قبول طلب رد الاعتبار الا بعد انقضاء ست سنوات على تنفيذ العقوبة المحكوم بها فى جناية او ثلاث سنوات اذا كانت العقوبة جنحة. (٥) لذلك فان عدم القبول كجزاء اجرائى لايلحق الاجراء ذاته بقدر مايلحق واقعة مستقلة عنه وسابقة عليه (٦)

ويجب عدم الخلط بين عدم القبول كجزاء اجرائى وعدم القبول المادي ، ومثال الاخير اشتراط المشرع المصري فى الطعن المقدم من غير النيابة او المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لدى محكمة النقض تضمنه ايداع كفالة ، بحيث لايقبل تقرير الطعن من ديوان المحكمة مالم يثبت الطاعن ايداعه للكفالة المطلوبة .(٧) واذا كان عدم القبول المادي يصدر عن غير هيئة المحكمة ، فان عدم القبول الاجرائى لايصدر الا من الهيئه او المحكمة التى منحها

---

(١) د. احمد فتحى سرور ، نظريه البطلان فى قانون الاجراءات الجزائيه ، مرجع سابق ، ص ٧٦

(٢) انظر المواد ٣/٢٨٤، ٣٤٨/٢،٣٥٤ من قانون العقوبات

(٣) انظر المادتين ٨٦ من الدستور الاردنى و ٤/٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائيه

(٤) انظر الماده ٢٧٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائيه .

(٥) انظر شروط رد الاعتبار فى المادتين ٣٦٤، ٣٦٥ من قانون اصول المحاكمات الجزائيه انظر قرار محكمه التمييز جزاء رقم ٠٩٩/٥٣٦ ، مجله نقابه المحامين ، السنه ٢٠٠١، ص ٩٣٠

(٦) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الاجراءات الجنائيه ، مرجع سابق ، ص٣٤٤ .

(٧) الماده ٣٦ من قانون الاجراءات المصرى رقم ٥٧ لسنه ١٩٥٩ والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنه ١٩٩٢

القانون هذا الاختصاص .(١) من جهة اخرى ، يجب التمييز بين عدم القبول وعدم الاختصاص ، فقد يستوفى الطلب المقدم للمحكمة شروط صحته ومع ذلك لاتستطيع المحكمة الفصل به لعدم الاحتصاص فعدم القبول جزاء اجرائى يتقرر لمخالفة احكام القانون المتعلقة بشروط صحه الدعوى او الطلبات الاخرى ، ويترتب عليه امتناع القاضى عن الفصل فى موضوع الدعوى • بينما يتوافر عدم الاختصاص عند عدم وجود سلطة للقاضي في نظر الدعوى .فاذا كان عدم القبول يرتكز على اسباب تتعلق بتحريك الدعوى فان عدم الاختصاص يتوقف على اسباب تتعلق بالتنظيم القضائي .(٢)

ويميز جانب من الفقه بين عدم القبول وعدم الجواز مع الاعتراف للاخير بانه صورة من صور عدم القبول .وتستند هذه التفرقة الى قضاء محكمة النقض المصرية التي تقرر عدم القبول لعيب في شخص الطاعن او في شكل الطعن ، اما عدم الجواز فيرجع الىعيب في محل الطعن اذا كان من الاحكام التي لا يجوز الطعن فيها ،اضافة الى ان المشرع المصري كان يطلق لفظ عدم القبول على حالات يفترض ان يطلق عليها عدم الجواز والعكس صحيح. (٣)

ويجوز تجديد الاجراء الذي قضى بعدم قبوله لعدم توفر المفترض الاجرائي، فاذا قضي بعدم قبول الدعوى لعدم تقديم شكوى في الجرائم التي يتطلب المشرع تقديم شكوى فيها ،ثم قدمت هذه الشكوى خلال المدة التي حددها المشرع ،كانت بعد ذلك مقبولة .(٤)

وخلاصة الامر ان الفقه قد انقسم في تحديده لمعنى عدم القبول الى نظريتين : الاولى ترى فيه وصفا يلحق العمل الاجرائي يؤدي الى جعله غير صالح لانتاج آثاره القانونية بحيث يتولى القاضي البحث عن الشروط المطلوبة حتى يستطيع القيام بوظيفته في الحكم (٥)

اما اصحاب النظرية الثانية ، فهم يرون ان عدم القبول لا يشير الى العمل الاجرائي، بل الى الرابطة الاجرائية باكملها او الى مرحلة منها ، لذلك فانه يجب عدم تطبيق عدم القبول

---

(١) د• احمد فتحى سرور ، نظريه البطلان فى قانون الاجراءات الجزائيه ، مرجع سابق ، ص ٧٧، حيث يرى ان حالات عدم القبول المادى وارده على سبيل الحصر ، لايجوز للموظف التوسع فيها ، فلايجوز لديوان المحكمه – مثلا – عدم قبول الطعن المقدم بعد فوات المده اذ ربما استطاع الطاعن تقديم المعذره للمحكمه وقررت قبول طعنه •

(٢) محمد كامل ابراهيم ،المرجع السابق ،ص ص٢٢

(٣) د. احمد فتحي سرور ،المرجع السابق ، ص٨٣

(٤) د. عبد الحكم فودة ،المرجع السابق ،٨٥

(٥) Delugo t :op.cit , p٧ ٨

في الحالات التي تتعلق بعيب يلحق العمل الاجرائي ، لان المشرع قرر البطلان او السقوط في مثل هذه الحالات وحسب مقتضى الحال .

الفرع الثاني
التمييز بين عدم القبول والبطلان

يتفق الجزاءان في السبب المفضي الى كل منهما ؛ ففي الحالتين هنالك عمل اجرائي معيب لعدم مطابقته مع النموذج المرسوم له قانونا . فكلا الاجراءين المتصفين بعدم القبول او البطلان مخالفين للقانون ، سواء كانت المخالفة واردة على احد العناصر الموضوعية او الشكلية للاجراء .

وبالرغم من اوجه الاتفاق السابقة ،فهناك فروق واضحة بين الجزاءين يمكن بيانها على النحو التالي :

اولا : البطلان اوسع نطاقا من عدم القبول ، لانه يلحق كل عمل اجرائي معيب ويمكن وقوعه في أي مرحلة من مراحل الدعوى بخلاف عدم القبول فهو جزاء مقتصر على الدعاوي والطلبات كصور للاعمال الاجرائية وهو بذلك يبدو اوثق صلة بالرابطة الاجرائية منه بالعمل الاجرائي[1]

ثانيا : عدم القبول متعلق بالنظام العام لمساسه اما بشرط الاشراف القضائي على الإجراءات الجزائية المختلفة ، أو لتعلقه بشرط الصفة فيمن يباشر الإجراء ، وبناء عليه ، تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، ويجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى .[2]

ثالثا : يترتب على تقرير بطلان الاجراء المعيب عدم انتاجه لاثاره القانونية التي كان من المفترض ان تترتب عليه فيما لو صدر صحيحا .اما عدم القبول فلا ينصرف الى الاجراء المعيب وانما يقتصر اثره على رفض الدعوى او الطلب المبني على الاجراء المعيب ،ويجوز في غالب الاحيان تصحيح الاجراء الباطل ان لم يكن متعلقا بالنظام العام ،اما عدم القبول – فهو كما سبق القول – يجوز للمحكمة ان تقرره ولو من تلقاء نفسها ،لانه متعلق بالنظام العام

---
(١) د. محمد نجم ، المرجع السابق ،ص ٣٨٠

(٢) محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٢

لمساسه اما بشرط الاشراف القضائي او بشرط صفة من باشر الاجراء ،ويجوز التمسك به في كافة مراحل الدعوى [١]

الفرع الثالث

موقف المشرع والقضاء من"عدم القبول "

لم يستخدم المشرع الاردني مصطلحا واحدا في هذا الشان . فهو احيانا يستخدم مصطلح "عدم القبول" مثل " لا تقبل الشكوى..." [٢]او لا يقبل التمييز .." [٣] او" لا يقبل الاستئناف.." [٤]واحيانا اخرى يطلق لفظ عدم جواز الملاحقة في الجرائم التي تتطلب ملاحقتها تقديم شكوى من المجني عليه او الطرف المتضرر . فتنص المادة ٢٨٤ /١ من قانون العقوبات على ما يلي " لا يجوز ملاحقة الزاني او الزانية الا بشكوى الزوج او الزوجة .." وورد نفس المصطلح في المادة ١٤٨ /٢ "لا يلاحق المجرم الا بناء على شكوى الفريق المتضرر " [٥] كما استخدم المشرع في نصوص اخرى لفظ "لا يسوغ " حيث جاء في المادة ١/١٨٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ما يلي "لا يسوغ الاعتراض على الحكم الغيابي .."

اما في مرحلة التحقيق الابتدائي فقد استخدم المشرع مصطلحات اخرى منها "عدم سماع الدعوى " فاذا ادلى المشتكى عليه اثناء التحقيق بدفع يتعلق بعدم الاختصاص او" بعدم سماع الدعوى " او بسقوطها .. وجب على المدعي العام ان يفصل في الدفع خلال اسبوع من تاريخ الادلاء به . فالدعوى تكون غير مسموعة اذا تطلب المشرع لرفعها شكوى او طلبا او اذنا ولم يوجد مثل هذا المتطلب او كانت شروط صحته غير متوافرة ،كأن يتم تقديم الشكوى ممن لا يملك تقديمها او تقدم بعد فوات المدة ،وغير ذلك من الشروط المطلوبة • فمصطلح عدم سماع الدعوى هو من المصطلحات المرادفة لمصطلح عدم قبول الدعوى .

يرى جانب من الفقه الاردني ان مشرعنا لم يستخدم تعبير عدم قبول الدعوى العامة ،وانما استخدم تعبير سقوط الدعوى استنادا الى المادة ٣٣٥ /١ من قانون اصول المحاكمات

---

[١] STEFANI ,G, LEVASSEUR. ET BOULOCE .PROCEDURE PENALE ,DALLOZ,PARIS, ١٩٨١, P٢١١

[٢] المادة ٣/٢٨٤ من قانون العقوبات

[٣] المادة ٢٧٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٤] المادة ٢٥٧ /١ من نفس القانون

[٥] انظر كذلك المادة ٢٨٦ من قانون العقوبات والتي تنص على مايلي " يلاحق السفاح .. بناء على شكوى قريب او صهر احد المجرمين حتى الدرجة الرابعة "

الجزائية التي توجب اسقاط الدعوى في حالة وفاة المشتكى عليه او شمول الفعل باحد اسباب السقوط [١]

والواقع ان مشرعنا –وكما تبين سابقا – قد استخدم مصطلحات والفاظ عديدة تلتقي جميعها في الاثر المترتب عليها مع عدم القبول ،بحيث لايجوز قبول الدعوى او الطلب المبني على الاجراء المعيب . الا اننا نتمنى على المشرع ، ولحسن السياسة التشريعية ان يوحد تلك المصطلحات في مصطلح واحد ، منعا للخلط او الالتباس ، بحيث ينص على عدم قبول الدعوى او الطلب المبني على مفترض اجرائي سابق وغير متحقق .

أما موقف القضاء ، فهنالك العديد من القرارات التي تبين عدم قبول المحكمة للطعن او أي طلب من طلبات الدعوى لعدم توفر شروط صحته او عدم تقديمه من الجهة المختصة ، الى غير ذلك من الشروط . فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز "اوضحت المادة ١٥٧ /١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ان القرارات الاعدادية وقرارات القرينة لا تقبل الاستئناف هي وغيرها من القرارات التي تصدر اثناء سير الدعوى الا بعد صدور حكم بالاساس وبالنتيجة قررت المحكمة عدم قبول الاستئناف " [٢]

كما جاء في قرار آخر" ان المادة ١٧ من قانون الاحداث الذي هو قانون خاص بالنسبة لقانون العقوبات قد اجاز لولي الحدث او وصيه ان ينوب عن الحدث عن طريق الاعتراض او الاستئناف او التمييز ، وبالتالي فان التمييز المقدم من ولي امر الحدث يكون مقدما من ذي صفة ومقبولا من حيث الشكل "[٣]

وبينت محكمة التمييز انه لا يشترط في المفترض الاجرائي ان يكون واردا في قانون اصول المحاكمات الجزائية او قانون العقوبات ، بل قد يرد في قوانين اخرى .

وجاء في احد قراراتها "نصت المادة ٢١ /٢ من الدستور الاردني على ان الاتفاقيات الدولية والقوانين تحدد اصول تسليم المجرمين العادين .وان عدم وجود اتفاقية لتسليم المجرمين بين الاردن وسوريا يستدعي عدم قبول الطلب عملا باحكام المواد ٥،٦و١٧ من قانون تسليم المجرمين ..." [٤]

وأخيرا تجدر الاشارة ان المشرع الكويتي اجاز للمحكمة ان تقرر عدم قبول الدعوى اذا لحق باجراءات التحقيق الابتدائي او الاحالة عيب جوهري لا يمكن تصحيحه او اعادته .حيث

---

[١] انظر د. كامل السعيد ، شرح الاحكام العامة في قانون القوبات الاردني ، المرجع السابق ،ص٦٩٣

[٢] تمييز جزاء ٩٩/٩٩ ، مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٩٩ ،ص ٤٠٨٦ مع الاشارة الى ورود خطأ في رقم المادة التي اشار اليها صدر القرار وهي ٢٥٧ بدلا من١٥٧

[٣] تمييز جزاء ٤٠٧/ ٢٠٠٠ ، المجلة القضائية ،ا لسنة الرابعة ، العدد الرابع ،ص ٤٨٠

[٤] لمزيد من التفصيل انظر د. غنام غنام ،المرجع السابق ،ص٢٨٤

تنص المادة ٢/١٤٦ من قانون الاجراءات الجزائية على ما يلي "للمحكمة ان تصدر حكما بعدم قبول الدعوى الجزائية التي قدمت اليها قبل اجراء تحقيق فيها او اثناء التحقيق اذا وجدت ان بها عيبا شكليا جوهريا لا يمكن تصحيحه ولا اعادة الاجراء المعيب ".

المطلب الثالث

بطلان الاجراء الجزائي والخطأ في تطبيق القانون

غالبا ما تميز التشريعات الجزائية بين البطلان والخطا في القانون في مجال الطعن بالاحكام بالتمييز (النقض) . فعلى سبيل المثال نجد ان المشرع الاردني قد فرق في المادة ٢٧٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية بين اسباب الطعن في بطلان الاجراءات الجزائية واسباب الطعن لمخالفة القانون .[١]

وفي مجال الفقه ، ثار جدل واسع حول الفرق بين البطلان والخطأ في القانون ، وفيما اذا كان كل منهما مستقلا عن الاخر ، او ان ايا منهما يشكل صورة عن النظام الآخر . فمن الفقهاء من يرى ان البطلان يشمل الخطأ في القانون ومنهم من يرى ان الخطأ في القانون بمعناه الواسع يشتمل على البطلان ، في حين ينكر جانب من الفقه وجود أي فارق بينهما .

لقد ذهب فريق من الفقهاء الايطالين الى الخلط بين البطلان والخطأ في القانون ، وقالوا بأن البطلان يشتمل على مخالفة القواعد القانونية بشقيها الموضوعي والشكلي .

وقد تعرضت النظرية السابقة الى النقد على اساس من القول بان المشرع الايطالي نفسه فرق بين الخطأ في القانون والبطلان ، ولم يجز الطعن بالنقض لمواجهة حالة بطلان الحكم او الاجراءات دون الخطأ في القانون . ويضيف المعارضون الى وجهة النظر السابقة ،حجة على قدر كبير من الاهمية ، مؤداها أن الاخذ بالنظرية التي تخلط بين البطلان والخطا في القانون ستؤدي بالفقه العام للقانون الى الاخذ بفكرة البطلان في جميع فروع القانون بحيث يعد

---

[١] تنص هذه المادة على ما يلي "لا يقبل التمييز الا للاسباب التالية : اولا -أ- مخالفة الاجراءات التي اوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان .- ب- مخالفة الاجراءات الاخرى اذا طلب الخصم مراعاتها ولم تلبه المحكمة ولم يجر تصحيحها في ادوار المحاكمة التي تلتها . ثانيا – مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه او تأويله ...." وهذا ما فعله المشرعان المصري والايطالي . اما المشرع الفرنسي فانه لم يستعمل تعبير الخطأ في القانون او البطلان بل حصر احوال النقض وهي تندرج تحت معنى الخطأ في القانون او البطلان

الاجراء الباطل مصطلحا مردفا للعمل المخالف للقانون ،وتكون الجريمة – وهي عمل مخالف للقانون –بطلانا .[١]

وبالمقابل ، ينكر جانب من الفقه التفرقة بين الخطا في القانون و البطلان، لان اساس هذه التفرقة مبني على اعتقاد خاطئ يرى ان القاضي عندما يرتكب خطأ في القانون فانه يخالف قاعدة موضوعية ،اما اذا ارتكب خطا في الاجراء فانه يخالف قانون الاجراءات . والصحيح لدى اصحاب هذا الرأي ان القاضي عندما يلتفت عن تطبيق قاعدة موضوعية فانه في حقيقة الامر لا يخالفها وانما يخالف القاعدة الاجرائية التي تامره بتطبيق القاعدة الموضوعية على النزاع المطروح امامه .وترتب على ذلك ان الخطأ في الحالتين ناتج عن خطأ في الاجراء (بطلان) لا خطأ في القانون .[٢]

ومن الفقهاء من يرى ان الفصل بين الخطأ في تطبيق القانون وبين البطلان لا يعود الى طبيعة القاعدة القانونية موضوع المخالفة، وانما يعود الى ذات الواقعة التي تمت مخالفتها فاذا كانت هذه الواقعة متمثلة في قضاء القاضي الذي حكم به ، فاصلا في منازعة مخالفا للقانون او مخطئا في تطبيقه او تفسيره كنا بصدد (الخطأ في القانون) ويستوي بعد ذلك ان تكون القاعدة التي خولفت من القواعد الموضوعية اومن القواعد الاجرائية .

اما اذا كانت الواقعة التي خولفت هي اجراء من اجراءات الدعوى الجوهرية كنا بصدد (البطلان) بشرط ان يرتب المشرع على تلك المخالفة البطلان وليس أي جزاء اجرائي اخر كالسقوط او عدم القبول ،لان المخالفة في الحالات الاخيرة لا ترتب البطلان وانما تعتبر من قبيل الخطأ في تطبيق القانون .[٣]

والواقع ان الخطأ في القانون بمفهومه الواسع يشمل الخطأ في القانون بمعناه الضيق والبطلان ،وكل ما تفصل فيه محكمة الموضوع على غير مقتضى القانون سواء أكان متعلقا بمسألة موضوعية ام اجرائية .

---

[١] يرى الفقيه الايطالي " بانيان " ان الاخذ بالراي السابق سيؤدي الى القول بان انتهاك كل قاعدة قانونية سيترتب عليه البطلان ،وهذه النتيجة ستجعل البطلان متحدا في خصائصه مع اللاشرعية ، انظر تفصيل هذا الراى لدى د. محمد ابراهيم زيد ،تنظيم الاجراءات الجزائية في التشريعات العربية ، ص٤١٣

[٢] لمزيد من التفصيل انظر د. فتحي والي ،المرجع السابق ، ص٣

[٣] د. مأمون سلامه ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، المرجع السابق ، ص ص ٥٣٤-٥٣٧

ويشتمل الخطأ في القانون بمعناه الضيق على الصور التالية : (١)

١- مخالفة القانون . وتتحقق باغفال العمل بنص قانوني واجب التطبيق ولا يحتمل الخلاف او التأويل حيث تكون المخالفة في هذه الحالة واضحة لا لبس فيها ،وقد تأخذ هذه المخالفة صورة ايجابية عندما يحكم القاضي بالعقوبة المنصوص عليها في القانون ويضيف اليها عقوبة اخرى غير منصوص عليها او يحكم بعقوبة تزيد عن الحد الاقصى للعقوبة ،وقد تقع المخالفة بصورة سلبية كعدم الحكم بالمصادرة عندما تكون وجوبية او اغفال عقوبة يوجب القانون ايقاعها على المتهم بالاضافة الى عقوبة الحبس مثل الغرامة او الحكم بالبراءة رغم توافر اركان الجريمة وعدم وجود سبب تبرير ،او اغفال القانون الاصلح للمتهم ،وغير ذلك من النصوص الواضحة والتي ليس فيها مجال للتأويل .(٢)

٢- الخطأ في تطبيق القانون .ويتحقق الخطأفي حال تطبيق نص خلاف النص الواجب التطبيق ،فاذا أخطأ القاضي في تكييف الواقعة المعروضة عليه والحكم فيها بمقتضى نص قانوني لا تندرج تحته لعدم تطابقها مع الواقعة التي يتضمنها النص ، كالحكم على متهم غير عائد (مكرر) بالعقوبة المقررة في حال التكرار ،والحكم بعقوبة جريمة غير التي ادين بها المتهم .والحكم بتوافر احد الظروف المشددة بخلاف الواقع٠او اسقاط الدعوى لشمولها بالعفو او التقادم بخلاف الحقيقة . (٣)

٣- الخطأ في تأويل القانون ٠ وتتحقق هذه الحالة عندما تخطيء المحكمة في فهم المعنى المراد من الاصطلاحات والتعبيرات المستخدمة في النص الواجب التطبيق ، كأن تخطيء في تفسير معنى الليل او السلاح او الطريق العام كظروف مشددة في جريمة سرقة ٠ او العمل بالقياس في غير الحالات التي يجوز فيها ذلك . (٤)

واذا اتفقنا بأن الخطأ في القانون غير البطلان ، فما هو المعيار الذي يبين الفرق بينهما ؟ هنالك عدة معايير قال بها الفقه يمكن اجمالها على النحو التالي :

---

(١) يرى جانب من الفقه ان هذه الصور تلتقي في صورة مخالفة القانون على اساس ان الخطأ في تطبيق القانون او الخطأ في تأويله تندرجان تحت صورة مخالفة القانون ،وينتقدون صياغة المشرع المصري في المادة ٣٠ من قانون الاجراءات على اعتبار انها جاءت من باب السرد التحوطي المرفوض ،وكان عليه التوقف عند "مخالفة القانون "وان تتحدد بالقانون الموضوعي .انظر لمزيد من التفصيل د٠ محمد زكي ابو عامر ،شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، المرجع السابق ،ص ص ٣٠٦-٣٠٧

(٢) د٠ ادوارد غالي ، المرجع السابق ،ص ٧٦١

(٣) د. مأمون سلامه ،الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، المرجع السابق ن ص ٥٣٩

(٤)عبد الحميد الشواربي ، البطلان الجنائي ،مرجع سابق ، ص ١١٧

- ذهب رأي الى ان الخطأ في القانون هو الخطأ الموضوعي الوارد في قانون العقوبات بحيث يستبعد القواعد الاجرائية من نطاق الخطا ،ويعاب على هذا الرأي انكاره لخطأ القاضي في مجال قانون الاجراءات مع ان الخطأ يحصل في قانون العقوبات وقانون الاجراءات على حد سواء.

- هناك رأي يرى اصحابه ان الخطأ في القانون ينحصر في مخالفة القاعدة الموضوعية ، اينما وردت في قانون العقوبات او القوانين الاخرى كقاعدة تقادم الدعوى او العقوبة الواردتين في القانون الاجرائي . ويعيب هذا الرأي عدم تحديده للمقصود بالقاعدة الموضوعية الواردة في قانون الاجراءات والتي تعتبر مخالفتها خطأ في القانون .

- هنالك من يرى ان الحكم يعتبر باطلا اذا خالف شروط صحته كعمل اجرائي ، ويكون معيبا بخطأ في التقدير (أي خطا في القانون) في الحالات التي يخطئ فيها القاضي في تطبيق ارادة القانون سواء تعلق الخطأ في الواقع ام بخطأ في القانون .[١] ويؤخذ على هذا الرأي انه اعتبر الخطأ فى التقدير مرادفا للخطأ فى القانون ، كما اعتبر الخطأ في الواقع احد صور الخطاء فى القانون ، مع ان القاضى عندما يمارس سلطته التقديريه فى تقدير الواقع او عند تحديد العقوبه يكون محكوما بالقانون ، فهو ان أخطأ فى تقدير وقائع الدعوى لفساد فى الاستدلال او لخطأ فى الاسناد ، فان مثل هذه العيوب التى تشوب الحكم تؤدي الى بطلانه ، وقد يكون مرد هذا الخطأ تقصير الخصوم فى تقديم ادله الدعوى او فساد تقدير القاضى للادله ، والذى لا يعتبر خطأ فى القانون وان ادى الى عدم التطبيق السليم له .[٢] وخلط رأى بين الاراء السابقه عندما اعتبر ان البطلان يترتب على مخالفه القاضى للقواعد الاجرائيه عندما يمارس نشاطه بوصفه شخصا اجرائيا ، وخلص الى القول بان مخالفه هذه القواعد الاجرائيه تودى الى البطلان ، مثل عدم اعلان القاضى بطلان تفتيش منزل كون ذلك لم يتم بمعرفه المدعى العام .[٣] واخيرا يرى جانب من الفقه [٤] فى حل مشكله التمييز بين البطلان والخطاء فى القانون ، بانه يتعين – بدايه – التمييز بين النشاط والتطبيق ، فقانون العقوبات يخاطب الافراد العاديين ، ويحكم نشاطهم ، فان خالف هذا النشاط احكام القانون

---

[١] د. فتحي والي ، المرجع السابق ،ص ٣

[٢] د. احمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٩٤ .

[٣] د. لؤى حدادين ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ ، مع الاشاره ان د. احمد فتحى سرور قد ميز بين نشاط القاضى عندما يخطئ فى تطبيق قانون العقوبات حيث يعتبر خطؤه خطأ فى القانون ، وعندما يمارس نشاطا بوصفه شخصا اجرائيا فى قانون الاجراءات ، فان خالف نشاطه احكام القانون الجوهريه وصف بالبطلان ، أما الخطأ فى تطبيق هذه القواعد فانه يشكل خطأ فى القانون وليس البطلان .

[٤] د. احمد فتحى سرور ، المرجع السابق ٩٤ .

وصف بانه جريمة ، وان اخطا القاضى فى تحديد هذا النشاط المخالف او العقوبة المقرره اعتبر خطؤه خطأ فى القانون ، اما اذا كانت مخالفه النشاط لاحكام قانون الاجراءات، فانه يتم وصفها بالبطلان او أي جزاء اجرائى اخر ، وعلى القاضى تحديد الجزاء الذى يجب توقيعه ، فان اخطأ فى ذلك كان خطؤه هذا خطأ فى القانون .

ويجب التمييز بين نشاط القاضى باعتباره شخصا اجرائيا ، ونشاطه باعتباره قاضي الموضوع ، اذ يتعين عليه عندما يمارس نشاطه الاجرائى ان يكون ذلك فى حدود القواعد الاجرائيه ، فان خولفت هذه القواعد كان حكمه باطلا ، أي اذا اخطا فى تطبيق القانون الموضوعى او الاجرائى بوصفه قاضيا اعتبر خطؤه خطأ فى القانون.

اذا ، فالخطأ فى القانون الموضوعى ، هو كل خطأ يقع فيه القاضى عند اعطائه حلا لمسألة قانونية سواء كانت موضوعية او اجرائية ، اما الخطأ الشكلى فهو عيب فى نشاط القاضى لعدم خضوعه للقواعد التى من الواجب الالتزام بها عند فحص الدعوى والحكم بها .

من جهة اخرى قد يجتمع البطلان والخطأ فى القانون فى حكم واحد ، مثال ذلك خلو الحكم من البيانات الجوهرية او استناده الى اجراءات باطلة مع خطأ فى توقيع العقوبة ، وفى هذه الحالة يتغلب اثر البطلان على الخطأ فى القانون .[1]

واخيرا تجدر الاشاره ان المشرع الاردنى لم يفرق عند بيانه لاسباب التمييز ، بين الاحكام التى يجوز تمييزها وقرارات منع المحاكمة الصادرة عن النائب العام فى القضايا الجنائية ، فجميع الاحكام وقرارات منع المحاكمه القابله للتمييز يمكن الطعن فيها بسبب مخالفتها القانون او لبطلان فى اجراءات صدورها .[2]

وبالرجوع الى السبب الذى تستند اليه محكمة التمييز فى نقض قرارات منع المحاكمة نجد انها فى اغلب قرارتها تنقض القرار لعيب مخالفة القانون [3] ، دون بيان التفاصيل فيما اذا

---

[1] د. لؤي حدادين ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧ .

[2] وتتبع نفس الاجراءات امام محكمه التمييز سواء كان الطعن بحكم قابل للتمييز او قرار منع محاكمه صادر فى جنايه مع اختلاف فى الاشخاص الذين يجوز لهم الطعن فى الاحكام او قرارات منع المحاكمه ، انظر الماده ٢٧٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائيه

[3] لمزيد من التفصيل انظر سميح المجالى ، قرار منع المحاكمه ، مرجع سابق ، ص ص ٢٠٣- ٢٠٧ ومن الامثله قرار محكمه التمييز رقم ٦٩/١٣١ مجله نقابه المحامين الاعداد ١-٣ سنه ١٧، ص ٩٧٣ ، والقرار رقم٦٨/١١، مجله نقابه المحامين ، الاعداد من ١-٣ السنه ١٦ ص ٤٨١ ومن القرارات الحديثه نسبيا القرار رقم ٢٠٠٠/٨٨٢، المجله القضائيه لسنه ٢٠٠٠، ص ٣٣٥ والقرار رقم ٨٧٥/ ٢٠٠٠ المجله القضائيه لسنه ٢٠٠٠، ص ٣٥٧ .

كانت هذه المخالفه تعود لخطأ فى تطبيق القانون او تأويله او بطلان الاجراءات المتبعه فى اتخاذ القرار. [١]

المطلب الرابع
بطلان الاجراء الجزائى والخطأ المادى

قد يقع من المحكمة خطأ مادي يؤثر فى الحكم الصادر عنها ، كالاخطاء الكتابية او الحسابية وتكون هذه الاحكام قطعية وغير قابلة لاى طريق من طرق الطعن ، فلا بد فى هذه الحالة من وسيلة يتم فيها تصويب تلك الاخطاء . والاخطاء المادية هى تلك الاخطاء التى لايترتب عليها البطلان ، ولايترتب على تصحيحها تعديل اساسي فى العمل [٢] .

ويختلف الخطأ المادي عن البطلان وان تشابها من حيث الظاهر ،[٣] فالعمل الاجرائي في الحالتين يكون في صورة تخالف ما ينبغي ان يكون عليه قانونا ، غير ان الخطأ المادي ليس عيبا حقيقيا يشوب الإجراء ، وانما هو زلة قلم او سهو يمكن تداركه ، يجعل الاجراء في الصورة التي ظهر فيها بخلاف ما اراده مصدره .[٤] فالخطأ المادي خطأ في التعبير عن الفكرة وليس خطأ في تكوينها .[٥]

من هنا تبدو اهمية دراسة الخطأ المادى فى مجال دراسة نظرية البطلان ، وبيان أوجه العلاقة بينهما ، ولكى نميز الخطأ المادي لابد ان نعرف انه ذلك الخطأ الذى لايترتب عليه البطلان ، فشرط عدم ترتيب البطلان شرط اساسي للحكم بتوفر الخطأ المادي من عدمه .

ولنا ان نتساءل عن موقف المشرع والقضاء الاردني من الخطأ المادي وكيفية تصحيحه اضافة الى بيان موقف بعض التشريعات والفقه والقضاء المقارن منه .

---

[١] وهى ربما فى هذا النهج تتفق مع الرأى الذى لايقرر بتعدد صور مخالفه القانون وانها تتدرج ضمن صوره واحده ، مع الاشاره ان قانوننا يميز بين اسباب التمييز العائده لمخالفه القانون او البطلان الاجراءات ويقتضى ذلك من المحكمه ان تبين سبب النقص فيما اذا كان لمخالفه القانون او البطلان فى الاجراءات المتخذه فى قرار منع المحاكمه .

[٢] اشارت الى هذا التعريف الماده ١٤٩ من قانون الاجراءات الايطالى ، ورد ذكرها لدى د. احمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص١٠٢

[٣] د. عوض محمد ،المرجع السابق ، ص٥٩٣

[٤] د.جلال ثروت ،المرجع السابق ،ص ٥٠٩

[٥] د. جلال ثروت ،المرجع السابق ، ص٥١٠

وبالرجوع الى قانون اصول المحاكمات الجزائيه نجد انه قد خلى من الاشارة الى كيفية تصحيح الاخطاء المادية باستثناء ما ورد في المادة (٢٨٢) من هذا القانون والتي وردت تحت الفصل المتعلق باجراءات الدعوى امام محكمة التمييز ، وتنص على ما يلي " اذا اشتملت اسباب الحكم على خطأ في القانون او وقع خطأ في ذكر النص القانوني او وصف الجريمة او في صفة المحكوم عليه وكانت العقوبة المحكوم بها هي المقررة في القانون للجريمة بحسب الوقائع المثبتة في الحكم تصحح محكمة التمييز الخطأ الذي وقع وترد التمييز بالنتيجة "

والواقع ان دراسة هذا النص ضمن اطار باقي نصوص القانون تظهر المسائل التالية :

اولا : ان اعتبار الخطأ في القانون – كما ورد في بداية المادة – من قبيل الاخطاء المادية امر لايمكن التسليم به لانه يتنافى مع شروط تصحيح الخطأ المادي ، والذي من اهم شروطه ان لا يكون الاجراء باطلا او مخالفا للقانون ، فالخطأ المخالف للقانون لا يعتبر من الاخطاء المادية ولا تستطيع المحكمة تصحيحه باعتباره خطأ ماديا بل لا بد من الطعن به وفقا للاصـــول المتبعة .

ثانيا : وما يؤكد ما سبق ، ان المشرع في المادة ٢٧٤ اعتبرالخطأ في القانون من اسباب التمييز ، وفي ضوء ذلك يظهر تناقض واضح بين النصين ، اذ كيف يمكن اعتبار الخطأ في القانون من قبيل الاخطاء المادية وبنفس الوقت يعتبر من اسباب التمييز ؟

ثالثا : لم يبين المشرع احكام تصحيح الخطأ المادي لدى المحاكم الاخرى ، ولم يبين الاجراءات التي يمكن لمحكمة التمييز اتباعها في تصحيح هذه الاخطاء ، وكيفية الطعن بالقرار الصادر بالتصحيح خاصة اذا تجاوزت المحكمة سلطاتها واكتفى بالقول بان المحكمة تقوم باجراء تصحيح الخطأ وترد التمييز ، أي انه اذا تبين للمحكمة ان الخطأ ليس الاخطأ ماديا لا يؤثر على نتيجة الحكم تتولى تصحيحه وترد التمييز . وبالرغم من النقص الحاصل في قانون اصول المحاكمات الجزائية فيما يتعلق بهذه المسألة فانه يمكن الاستعانة بالحلول الواردة فى قانون اصول المحاكمات المدنية باعتباره الشريعة العامة في الامور التي لم يرد عليها نص [1] فالمادة ١٦٨ من هذا القانون تنص على ما يلي " ١– تتولى المحكمة تصحيح

---

[1] أكدت هذا المبدأ محكمة التمييز في العديد من قراراتها حيث جاء في احدها .. مما يترتب عليه بطلان الحكم المطعون فيه عملا بالمادة ١٣٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية باعتباره القانون العام بالنسبة لقوانين الاجراءات . تمييز جزاء ٨٥١ /٩٩ ، المجلة القضائية ،السنة الرابعة ، العدد الرابع ، ص ٢٩٤ ، تمييز جزاء ٢٠/ ٢٠٠١ ، المجلة القضائية ، السنة الخامسة ، العدد ٢ ، حيث ورد في مطلع هذا القرار ؛ يعتبر قانون اصمول المحاكمات المدنية قانون عاما بالنسبة لقانون الاصول الجزائية ويرجع اليه في حال خلو قانون الاصول الجزائية من النص على الحالة البحوث عنها .

ما يقع في حكمها من اخطاء مادية بحتة كتابية او حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم من غير مرافعة ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الاصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة .

٢- يجوز الطعن في القرار الصادر بالرفض او القرار الصادر بالتصحيح اذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في هذا القانون وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع الطلب "

اما موقف القضاء من احكام الخطا المادي فقد صدرت عن محكمة التمييز بعض القرارات والتي جاء في احدها ؛ ان ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف من انها صدقت الحكم بحق المميز وشريكه بجرم اخذ الرشوة بدلا من جرم دفع رشوة فهو من قبيل الخطأ المادي الذي يستدعي التصويب ولا يوجب نقض الحكم وفقا لاحكام المادة ٢٨٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية .[١] وفي حكم آخر قالت : ان الخطأ المادي في ذكر تاريخ اليوم الذي حصل فيه الاعتداء لا يؤثر على سلامة القرار المميز ولا يجرح سلامة قناعة المحكمة وان التشبث به لا طائل من ورائه .[٢]

اما احكام الخطأ المادي في التشريع والفقه المصري فتنص الماده ٣٣٧/ ١ من قانون الاجراءات المصري على مايلى " اذا وقع خطأ مادى فى حكم ، او فى امر صادر من قاضى التحقيق ، او من غرفه الاتهام ، ولم يكن يترتب عليه البطلان ، تتولى الهيئة التى اصدرت الحكم او الامر تصحيح الخطأ من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم ، وذلك بعدم تكليف الخصوم بالحضور " وقد تعرض النص السابق للانتقاد حيث توحي صياغته بان هنالك فرق بين الخطأ المادي الذى لايترتب عليه البطلان والخطأ المادي الذى يترتب عليه البطلان مع ان الخطأ المادي لايكون ماديا الا اذا لم يترتب عليه البطلان .[٣]

ويشترط لاعتبار الخطأ ماديا توافر شرطين متلازمين :

الشرط الاول : الا يكون من الاخطاء المؤدية للبطلان او المخالفة للقانون .

الخطأ المادي لا يترتب عليه اثر قانوني ، فهو لا يؤدي الى البطلان او الخطأ في القانون ويقابل في مدلوله الخطأ القانوني الذي يترتب عليه البطلان او الخطأ في القانون.ومن امثلته :

---

[١] تمييز جزاء ٣٣٥ /١٩٩٩ ، مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٩٩ ،ص٤١٦٠

[٢] تمييز جزاء ٢٧٢ /١٩٩٩ ،المجلة القضائية ،لسنة ١٩٩٩ ،ص٦٦٦/٥

[٣] د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص١٠٥ .

الاختلاف في ذكر اسم المتهم بين اسباب الحكم ومنطوقه ، واغفال البيانات غير الجوهرية والتي لا يترتب على مخالفتها البطلان ، او الخطأ في ذكر محل اقامة المتهم . [١]

والواقع ان التمييز بين الاجراء الجوهري الذي يترتب على مخالفته البطلان والاجراء غير الجوهري الذي قد تعتبر المخالفة الواردة عليه مجرد خطأ مادي يحتاج الى تفصيل ، وسيكون احد محاور الدراسة في مواقع لاحقة .

الشرط الثاني : عدم تاثير تصحيح الخطأ المادي على اساس الاجراء المعيب .

يشترط عند تصحيح الخطأ المادي ان لا يؤثر على جوهر العمل الاجرائي،أي يمكن تصحيحه دون ان يتغير مضمونة [٢].مثل تصحيح الخطأ في تاريخ الواقعة اذا لم يكن من شأن تصحيحه تغير الواقعة الى واقعة اخرى .او تصحيح اسم المتهم اذا صدر الحكم باسم شخص اخر غير الاسم الحقيقي للمتهم . كأن ينتحل المتهم اسما في اجراءات المحاكمة . فالتصحيح هنا لا يؤثر في حقيقة الحكم من حيث صدوره على المتهم ايا كان اسمه[٣]

وهذا- بالطبع - بخلاف الحالة المعاكسة للحالةالسابقة ، اذ ان حضور شخص جميع اجراءات المحاكمة غير المتهم منتحلا اسمه وصدور حكم عليه ظنا من المحكمة انه هو المتهم الحقيقي ،فان مثل هذا الخطأ ليس خطأ ماديا ، باعتبار ان المتهم الحقيقي لم يمثل امام المحكمة ،وان الحكم صدر على شخص غير المتهم . ومن قبيل الخطأ المادي- ايضا - توجيه التهمة الى متهمين ،فيقرر القاضي براءة أحدهما وادانة الاخر وهو يريد العكس . ولا يعتبر من قبيل الاخطاء المادية ان ينطق القاضي بالعقوبة وهو يقصد البراءة او العكس ،لان تعديل مثل هذا الحكم ينصب في حقيقة الامر على جوهره ومضمونه ، ولانه بصدور الحكم ترتفع ولاية المحكمة عن الدعوى ولا تملك اتخاذ اي اجراء فيها .

ومن القرارات الحديثة -نسبيا - لمحكمة النقض المصرية ما جاء في أحد قراراتها ، لما كان القانون لا يرتب بطلان تشكيل محكمة الجنايات الا في الحالة التي تشكل فيها من أكثر

---

[١] انظر نقض مصري (٩ / ١٩٧٣/٤ احكام النقض س ٢٤ ق ١٠٦ ، ص٥١٠) حيث جاء فيه انتهاء الحكم الى ادانة المتهم بالسرقة التامة ومعاقبته على هذا الاساس ، وايراده لفظ المشرع في بداية وصف التهمة زلة قلم لا تقدم في سلامته ، وجاء في قرار اخر " الخطأ المادي الذي يقع في الحكم عند نقله من مسودته لا يؤثر في سلامته ، ٤/٩/ ١٩٧٣ احكام النقض س ٢٤ ق ١٠٤ ، ص ٥٠٢ "

[٢] جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية انه اذا كانت المحكمة قد عاقبت المتهمين في جريمة الخطف بالاشغال الشاقة فانها تكون قد اخطات في تطبيق القانون ولا تكون قد اخطات خطأ ماديا . ومن ثم لا تملك المحكمة تعديل الخطأاو تصحيحه لزوال ولايتها في الدعوى باصدار حكم فيها ولا يسوغ تدارك هذا الخطا الاعن طريق الطعن في الحكم بطريق النقض ،مشاراليه لدى محمود نجيب حسني ،مرجع سابق ،ص٦٢٧

[٣] د. محمود نجيب حسني ،المرجع السابق ،ص١٠٦

من واحد من غير المستشارين ولما كان الحكم المطعون فيه قد صدر من مستشار محكمة الاستئناف ومن الاستاذ ... رئيس المحكمة الابتدائية فانه لا يغير من ذلك ما ورد في ديباجة الحكم من أن العضو المذكور (قاضي)لان ذلك يعد من مجرد خطأ مادي وزلة قلم ولما كانت العبرة في الكشف عن صحة الحكم هي بحقيقة الواقع وكان الحكم المطعون فيه قد صدر من هيئة مشكلة وفق احكام القانون فان الطعن يكون في غير محله (١)

اما فيما يتعلق بالسلطة المختصة بتصحيح الخطأ المادي فهي نفس الجهة التي اصدرت الحكم او الاجراء المشوب بالخطأ المادي ،وتقوم به من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم (٢) واذا ترتب على تصحيح المحكمة تعديل جوهري في الحكم ،او اذا تجاوزت حدود سلطتها ، او اذا لم تتوافر شروط تصحيح الخطأ المادي جاز للخصوم الطعن بقرار المحكمة بالطرق المقررة قانونا • وهو الامر المنصوص عليه في قوانين المرافعات والذي يعتبر تطبيقا للقواعد العامة ويتعين الاخذ به مالم يمنعه القانون .(٣)

وخلاصة الامر – وبعد الاستعراض الموجز لاحكام الخطأ المادي – نجد انه يلتقي مع البطلان في افتراضهما وجود عيب شاب الاجراء والا فانهما يختلفان فيما دون ذلك • فالعيب الوارد في الخطا المادي هو عيب تعبيري لا يترتب على تصحيحه اي تغير في المعنى بما هو معبر عنه •في حين يفترض العيب في البطلان ان يكون قانونيا • اضافة الى ان اهم شروط تصحيح الخطا المادي ان لا يكون العيب الذي شاب الاجراء يترتب عليه البطلان ،لانه في هذه الحالة لا سبيل الى تصحيح العيب الا عن طريق الطعن به باحد طرق الطعن القررة قانونا ، كما ان تصحيح الاجراء الباطل لا يسري الا من تاريخ تصحيح الاجراء اما تصحيح الخطأ المادي فترجع اثاره الى وقت صدوره • (٤)

ونجد ان قانون اصول المحاكمات الجزائية قد خلا من الاحكام العامة في تصحيح الخطأ المادي ويستحسن بالمشرع ان ينص على هذه الاحكام كما فعل المشرع المصري وان لا يكتفى بالنص الوارد في قانون اصول المحاكمات المدنية .

---

(١) طعن ٢٢٢٨١ ،سنة ٦٣ قضائية ، جلسة ٢٠ /١٩٩٥/٩

(٢) توجب المادة ٣٣٥ من قانون الاجراءات المصري على المحكمة ان لا تجري التصحيح الا بعد تكليف الخصوم بالحضور

(٣) د• حسن المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الاجراءات الجنائية ، منشأة دار المعارف ، ١٩٩٦ ، ١٠١٧

(٤) د• رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ، د• جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٥٧٦

المبحث الثالث

الانعدام

نشأت نظرية الانعدام في القانون المدني بمناسبة تصرفات معينة ، اظهرت الحاجة الى وجود مثل هذه النظرية ٠ ثم انتقلت فكرة الانعدام الى فروع القانون الاخرى ، ولم يقتصر وجودها على القانون الخاص ، بل امتد نطاقها ليشمل القانون العام ٠ والحقيقة ان الانعدام – كما هو البطلان – لا تقتصر دراسته على فرع معين من فروع القانون ، بل يعد نظرية عامة تتعلق بالقانون بأسره ٠ (١)

وتشير الدراسات الفقهية المختلفة الى ان هذه النظرية لم تظهر كنظرية متكاملة ومتميزة بذاتها ، وانما جاءت كفكرة للخروج من بعض المآزق التي اوجدها مبدأ " لا بطلان الا بنص " ، حيث كشف التطبيق عن وجود حالات يستدعي اعلان بطلانها بالرغم من عدم وجود نص على البطلان ٠ والمثال الذي يضرب في فرنسا ؛ عقد الزواج الذي يتم بين زوجين من نفس الجنس ، او العقد الذي لا يتم اشهاره رسميا ٠ فقد ابتدع الفقه فكرة انعدام هذه العقود من اجل عدم ترتيب أي اثار قانونية عليها ، لان القانون الفرنسي لم يكن لينص على بطلان مثل تلك الحالات ٠(٢)

واذا كانت غالبية التشريعات تخلو من بيان لاحكام الانعدام ، فان ذلك لا يعني عدم وجوده ٠ فالانعدام فكرة منطقية تفرضها طبيعة الاشياء ، والدليل على ذلك استناد المحاكم الى هذه النظرية ، بالرغم من استخدامها مصطلحات والفاظ مختلفة ، الا انها بالنتيجة تؤدي الى القول بتبني القضاء لنظرية الانعدام . ويمكن دراسة الانعدام ضمن المطالب التالية :

المطلب الاول : ماهية الانعدام

المطلب الثاني : تقرير الانعدام

المطلب الثالث : التمييز بين الانعدام والبطلان

المطلب الرابع : موقف القضاء من الانعدام

المطلب الخامس : تقدير نظرية الانعدام

---

(١) د ٠ احمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ١٧٣

(٢) د٠ عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص ١٣٨

المطلب الاول

ماهية الانعدام

يمكن بيان ماهية الانعدام ضمن الفرعين التاليين :

الفرع الاول : مفهوم الانعدام

الفرع الثاني : معيار الانعدام

الفرع الاول

مفهوم الانعدام

اثار الانعدام كأحد الجزاءات الاجرائية جدلا فقهيا واسعا بين مؤيد ومعارض • فهنالك جانب من الفقه ينادي بضرورة الاخذ به كجزاء لحالات المخالفة الجسيمة للنموذج القانوني الذي رسمه المشرع للعمل الاجرائي ، ويرى ضرورة الاعتناء بتأصيل هذه النظرية ، لدورها في سد النقص الحاصل في تلك الحالات التي لا يشملها البطلان وتقتضي الضرورة عدم ترتيب الاثار القانونية على مثل تلك الاجراءات ، ولوجود الفرق الواضح بين البطلان والانعدام الذي لا يمكن الاستغناء عنه بأي جزاء اخر ، بينما يرى جانب اخر من الفقه ، عدم ضرورة الاخذ بهذه الفكرة ليس فقط لانها لا ترتكز على سند تشريعي ، بل لانها فكرة تجافي المنطق ، ويشوبها الخطأ ، وتفتقر الى الدقة ولا تأتي بفائدة (١).

واذا تركنا جانبا الجدل الفقهي الدائر – بالرغم من اهميته – حول البطلان والانعدام ، وفيما اذا كان الاخير يتمتع بمركز متميز عن البطلان ام انه يعتبر احد صوره ، فان الاسئلة الجديرة بالبحث هي : كيف يمكن التعرف على الاجراء المنعدم ؟ وهل من السهل القول بتوافر حالة الانعدام في اجراء ما ؟ وما هي المعايير التي يمكن الاخذ بها للتمييز بين الانعدام والبطلان ، وعلى وجه الخصوص البطلان المطلق نظرا لوجود اوجه كبيرة للتشابه بينهما ؟

يمكن القول بان الاجراء المنعدم هو ؛ ذلك العمل الاجرائي المعيب الذي بلغ العيب فيه حدا من الجسامة يفوق ما اصاب الاجراء الباطل (٢) او هو الاجراء الذي ينقصه احد العناصر

---

(١) Merle et A. vitu ,Traite de droit criminel, proedure penal,CUJAS ,p٥١٣

مشار اليه لدى د • فتحي والي ،مرجع سابق ، ص٥٢٧ ، ومن المعارضين لفكرة الانعدام في القانون المدني انظر د • جميل الشرقاوي مرجع سابق ص٣١٧

(٢) د • سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص٢٩

اللازمة والتي بغيرها لا يصلح لترتيب الاثار القانونية الخاصة به [١]ومن الفقهاء من يرى بان الاجراء يعد منعدما من الناحية القانونية اذا خالف القواعد المتعلقة بالنظام العام .[٢]

والواقع ان جميع التعريفات للانعدام تلتقي في اعتباره ذلك الاجراء الذي يفقد احد مقوماته الاساسية ، او ركنا من اركانه التي يبنى عليها . [٣] فالاجراء المنعدم وان كان موجودا من الناحية المادية ، فهو غير موجود من الناحية القانونية ، ويعتبر هو والعدم سواء . [٤] ومن الفقهاء من يشبه الاجراء بالكائن الحي الذي لا يمكن وصف حالته بالصحة او المرض ما لم يكن حيا اولا . فالاجراء المنعدم يولد ميتا ، بخلاف الاجراء الباطل الذي يولد حيا ولكن يلحق به عيب يؤدي الى اختلال في شرط من شروط صحته .

فالفرق بينهما كالفرق بين الميت والمريض ، وهما وان كانا يلتقيان في عدم انتاجهما لآثارهما القانونية الا انهما يختلفان في طبيعتهما وفي الاسباب التي يبنى عليها كل منهما .فالعمل المنعدم لا تترتب عليه اثاره القانونية لانه عمل غير موجود ، اما العمل الباطل فان عدم ترتيب الاثار عليه ناتج عن رغبة المشرع وسياسته في تنظيم الخصومة ، [٥]وحرصه على ان تكون كل الاجراءات المتخذه فيه صحيحة .

فالحكم الصادر عن شخص ليست له صفة القاضي ، او عن قاض فاقد للاهلية كما لو اصابه جنون او زالت عنه ولاية القضاء ، هي احكام وصلت الى درجة الانعدام ، ولا يكتفى بوصفها بالبطلان .

ومن الفقهاء من يرى ان الانعدام يرد على الرابطة الاجرائية باكملها حينما تفقد شرطا من شروط نشأتها ووجودها . اما البطلان فيرد على اجراء واحد من هذه الاجراءات التي تتألف منها الرابطة الاجرائية . [٦]

والواقع ان مثل هذا التمييز لا يستند الى اساس ، فالانعدام كما يرد على الرابطة الاجرائية باكملها ، فانه يرد على اجراء واحد من اجراءاتها . [٧]

اما فيما يتعلق باسباب الانعدام ، فقد تعود الى اسباب تشوب الاجراء او الحكم وقت صدوره ، او قد تلحق به في وقت تال . ومن الاسباب التي تعيب الاجراء وقت صدوره ان

---

[١] د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٦٥

[٢] د . عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص١٣٨

[٣] فياض عبيد،الحكم الباطل والحكم المعدوم ، مجلة ادارة قضايا بالحكومة ، العدد الاول ، السنة ١٣ ،١٩٦٩ ص٤٤٥

[٤] د. غنام غنام ، مرجع سابق ، ص١١

[٥] د . ادوار غالي ، مرجع سابق ، ص٦٢٤

[٦] د . مأمون سلامة الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص٣٦٠ د . محمد نجم ، مرجع سابق ، ص٣٧٦

[٧] د . غنام غنام ، مرجع سابق ، ص١٤

تكون المحكمة التي اصدرته غير مشكلة تشكيلا صحيحا او ليس لها ولاية الفصل في الدعوى او وجود مانع يحول دون انعقاد الخصومة . ومن الاسباب التي تعيب الاجراء لاحقا ، صدور قانون جديد يلغي الجريمة او صدور عفو عام او انقضاء فترة وقف التنفيذ دون حدوث ما يسبب الغاءها . [١]

والواقع ان التفرقة بين اسباب الانعدام تقودنا الى المعيار الذي يمكن ان يعتمد في التمييز بين العمل المنعدم والعمل الباطل . فحسب الظاهر يبدو الفارق واضحا بينهما من حيث ان الانعدام وصف لاجراء لا وجود له سواء كان عدم الوجود فعليا ام قانونيا، اما البطلان فهو جزاء الاجراء المعيب وان كان موجودا . [٢]

وعلى الرغم من بساطة الفارق السابق ووضوحه فانه يبقى معيارا نظريا حيث تزخر احكام القضاء بحالات لا حصر لها، يصعب فيها القول بوجود معيار محدد بين العمل المنعدم والعمل الباطل .

الفرع الثاني
معيار الانعدام

يرى جانب من الفقة [٣]وجوب التمييز بين نوعين من الانعدام :

الانعدام الفعلي والانعدام القانوني .

-الانعدام الفعلي : يعتبر العمل منعدما فعليا اذا تخلف احد عناصره التي بغيرها لا يتصور وجوده المادي . وتتحقق هذه الحالة في صورتين هما : عدم الكتابة ، فالعمل الاجرائي يجب ان يكون مكتوبا للدلالة على وجوده والتحقق من مدى موافقته للقانون ، فالحكم غير المكتوب يعد منعدما . والكتابة مطلوبة في سائر الاعمال الاجرائية الصادرة عن سلطة التحقيق الابتدائي ، فقرار منع المحاكمة والاجراءات الاخرى التي تباشرها هذه السلطة يجب ان تكون مكتوبة حتى يمكن الاحتجاج بها ومعرفة مدى موافقتها للقانون . [٤]ولا يعد استثناء من هذه القاعدة صدور بعض الاوامر الشفوية من قبل سلطات التحقيق ، اذ لا بد ان يكون للامر اصل مكتوب بغض النظر عن كيفية ابلاغ مضمونة .

اما الصورة الثانية التي يتحقق فيها الانعدام المادي فهي ؛ عدم مباشرة أي نشاط اجرائي، وتتحقق هذه الصورة بعدم ممارسة الشخص الاجرائي لأي نشاط يعبر فيه عن اتجاه ارادته

---

[١] د . مأمون سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٦٢

[٢] د. عبدالحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص١٩

[٣] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص١٨٨

[٤] د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٦٢٧ ، سميح المجالي ،المرجع السابق ،ص ٥١

لممارسة ذلك العمل ، كعدم تقديم أي طلب من الطلبات الى المحكمة او عدم ضبط اقوال المتهم . ويعتبر في حكم الحالات السابقة تزوير المحرر المدون فيه العمل الاجرائي ونسبته الى أحد الاشخاص الاجرائيين ، او اجبار شخص على ممارسة اجراء من اجراءات الدعوى ففي هذه الحالة لا يمكن نسبة العمل الاجرائي الى الشخص المكره .

- الانعدام القانوني : قد يكون الاجراء موجودا من الناحية المادية ، لكنه منعدم من الناحية القانونية . فعدم وجود هيئة ليس لها ولاية الفصل في الدعوى ، او عدم اتصال المحكمة بالدعوى اتصالا صحيحا يؤدي الى عدم انعقاد الخصومة وتفقد الاعمال الداخلة في تكوينها لانها تدور وجودا وعدما معها . اما اذا انعقدت الخصومة صحيحة امام المحكمة فانه لا يؤثر في انعقادها ما يطرأ عليها من اسباب لاحقة كعدم تمثيل النيابة في الجلسة ، وان ترتب على تخلف هذا الاجراء البطلان لا الانعدام .

كما يعتبر العمل منعدما اذا تخلفت ارادة فاعله لعلة في العقل او السكر او الاكراه. فمتى انعدمت الارادة فلا محل للقول ببطلان العمل ، لان البطلان يفترض وجود العمل بينما العمل المجرد من الارادة يعد منعدما قانونا بالرغم من وجوده في الواقع. فالشكوى التي يقدمها المجني عليه المجنون في دعوى يتطلب تحريكها تقديم مثل هذه الشكوى ، او الشهادة التي يدلي بها مجنون ، وما الى ذلك من الصور التي تكون فيها الارادة مسلوبة ، يترتب عليها انعدام الاجراء لا مجرد بطلانه. (١)

ومن امثلة الاعمال المنعدمة كذلك ، خلو السند من توقيع منشئه ،لان التوقيع دليل على نسبة العمل الى الشخص الذي باشره ، وهو يسبغ السند الصادر من الموظف بصفة الرسمية.ولا يستعاض عن التوقيع تحرير الورقة بخط من قام بالاجراء ، ولا يشترط لصحة الاعمال التي يباشرها خصوم الدعوى ان يقوموا بالتوقيع على المحضر المنظم من قبل المحكمة ، لان توقيع القاضي يكفي لاسباغ الرسمية على المحضر ولا يجوز الطعن به الا بالتزوير . واذا كان الانعدام المادي لا يثير أي مشاكل تذكر في التعرف اليه ،فان الوضع على خلاف ذلك فيما يتعلق بالانعدام القانوني والذي يحتاج الى معيار يحدد العمل المنعدم من الناحية القانونية.

يرتكز معيار الانعدام للعمل الاجرائي على مصدره القانوني من جهة وعلى جوهره في الخصومة الجزائية من جهة اخرى .

---

(١) د . عبد الفتاح الصيفي ، مرجع سابق ، ص١٤٠ ، وقد طبقت محكمة التميز الاردنية هذا المعيار في قرار لها ذي الرقم ٢٩٨ / ٩٩ وسيتم بيان تفاصيله في مطلب لاحق والمتعلق بموقف القضاء الاردني من الانعدام

فمن حيث المصدر القانوني ، فان السلطة التشريعية هي التي تسن القوانين والعمل الاجرائي يرتكز في وجوده على القانون. فيعتبر -عندئذ- العمل الاجرائي منعدما اذا بوشر بناء على اغتصاب لاختصاص السلطة التشريعية في تحديده ، فالعمل الاجرائي الذي لا يعترف فيه القانون يعتبر منعدما ، كأن يصدر بناء علىتعليمات من النائب العام او الوزير او حتى بتعليمات من نفس المحكمة ناظرة الدعوى.

من جهه اخرى فالعمل الاجرائي يدور وجودا وعدما مع الخصومة الجزائية فهو العامل المؤثر في نشأتها ومباشرتها وانقضائها. ويفترض وجود هذه الخصومة ، وتحريك الدعوى في مواجهة متهم معين امام جهه قضائية. فان بوشرت الاجراءات بعيدا عن القضاء وقع نوع من اغتصاب السلطة القضائية وغدت الاعمال المباشرة منعدمة. (١)

وفي الواقع ان المعيار السابق يرتكز على ضرب الامثلة للاجراءات التي ينتج عنها الانعدام، ولا يضع معيارا للعمل المنعدم عن غيره من الاعمال الاجرائية الاخرى وان كانت هذه الامثلة تشكل الغالبية من الحالات التي يترتب عليها الانعدام.

ومن جهة اخرى يرى الفقيه " باناين " ان الانعدام القانوني يتحقق عندما لا تتوافر سمات العمل القانوني الذي يقصد اجراؤه .وقد تم انتقاد هذا المعيار لغموض مصطلح السمات ،فضلا عن عدم معرفة متى تتوافر تلك السمات حتى يمكن القول بتوافر الانعدام .(٢)

ويقول جانب اخر من الفقه بمعيار الشروط اوالعناصر الاساسية التي يجب توافرها في العمل فاذا فقدت كان العمل منعدما . وتم انتقاد هذه الفكرة -ايضا- لانها تتعارض مع فعالية الشروط والعناصر الثانوية بالاضافة الى انها تجعل من فكرة الانعدام فكرة مرنة ونسبية وغير دقيقة .

لقد ادت صعوبة البحث عن معيار محدد للانعدام الى الاتجاه نحو ترك الامر الى السلطة التقديرية للقاضي والمقيدة بالمبادئ العامة للقانون ، ودراسة كل حالة على حدة للوصول الى تقرير انعدامها لانه لا يمكن وضع قاعدة عامة يمكن الاخذ بها في هذا المجال .

---

(١) د . احمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص٥٥١

(٢) د. محمد ابراهيم زيد ،المرجع السابق ،ص٤٢٧

المطلب الثاني
تقرير الانعدام

يتطلب الكشف عن الانعدام بيان الوسائل والطرق التي بموجبها يمكن تقريره واعمال الاثار المترتبه عليه. وتبدو اهمية تقرير الانعدام في حالة الاحكام ٠اما الاعمال الاجرائية الاخرى ، فانه يمكن التمسك بانعدامها امام المحكمة ناظرة الدعوى ٠ومن الوسائل القانونية لتقرير الانعدام ؛ رفع الدعوى الاصلية ، وتجاهل الحكم المنعدم ، ومواجهة الحكم المنعدم من خلال اشكالات التنفيذ[١].

الفرع الاول
الطعن في الحكم المنعدم عن طريق دعوى البطلان الاصلية

يرى المنكرون لفكرة الانعدام انه لا يجوز رفع دعوى اصليه لبطلان الاحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه ، لان الوصول الى بطلان حكم ما يجب ان يتم باتباع طرق الطعن المحددة قانونا ، فان روعيت هذه الطرق او لم يمارس صاحب الشأن الطعن خلال المدة القانونية اصبحت حجية الحكم نهائية وارتفعت عنه صفة البطلان ايا كانت درجة العيب الذي لحقه٠ ولا يجوز الطعن بالحكم المنعدم ،لانه لا يمكن اعدام المعدوم،وان على المحكمة المرفوع اليها الطعن ان تقضي بعدم قبوله لانعدام محل الطعن٠ [٢]

وبالمقابل يرى المؤيدون لنظرية الانعدام امكانية رفع دعوى اصلية للطعن بحكم من اجل تقرير انعدامه٠ [٣]لان دعوى البطلان الاصلية تهدف في واقع الامر الى تقرير عدم وجود الحكم٠وبالرغم من عدم تنظيم قوانين الاجراءات لهذه الدعوى فانه يمكن تقديم طلب الى المحكمة التي اصدرت الحكم من قبل الخصوم اصحاب الشأن ، لان خلو القانون من تنظيم هذه الدعوى لا يؤثرفي الامر ، طالما ان الانعدام نفسه غير منظم بتشريع ومتروك أمره للقواعد العامة٠

---

[١] د٠غنام غنام ، مرجع سابق ، ص ٢٧

[٢] انظر اصحاب هذا الرأي من الفقه الفرنسي والايطالي والمصري لدى د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ،ص٢١٢

[٣] د ٠ احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، منشأة دار المعارف ، ١٩٨٥، ط٥ ، ص ٢٥٧

لقد اقرت الدائرة المدنية لدى محكمة النقض المصرية رفع دعوى اصليه بشأن الحكم المنعدم [١]اما الدائرة الجنائية فانها لا تجيز مثل هذه الدعاوى الا في حالة واحدة وهي عدم صلاحية الهيئة التي اصدرت الحكم [٢]

ويرى المؤيدون لفكرة الاخذ بدعوى البطلان الاصليه ان هذه الدعوى تهدف الى تأكيد عدم وجود الحكم ، ولا يمكن الاحتجاج بعدم تنظيم القانون للانعدام باعتباره امرا منطقيا لا يحتاج الى تنظيم مع دعوتهم الى تغير اسم دعوى البطلان الاصلية الى دعوى تقرير الانعدام منعا للخلط والالتباس. [٣]

الفرع الثاني
تجاهل الحكم المنعدم

نظرا لغياب النصوص التي تحكم مسألة تقرير الحكم المنعدم ، يرى جانب من الفقه وجود حل يتمثل في تجاهل صدور الحكم عن طريق عدم احترام حجيته بحيث يجوز اعادة نظر الدعوى مرة اخرى بالرغم من صدور حكم بات في موضوعها . وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها، حيث اعملت هذه الفكرة في دعوى صدر فيها حكم بانقضاء الدعوى لوفاة المتهم ثم تبين انه ما زال على قيد الحياة عند اعادة محاكمته.وقد رفضت المحكمة الاعتداد بحجية هذا الحكم على سند من القول ؛ بان الخصومة في هذه الدعوى لم تنعقد لانه لم يصدر في دعوى مردودة بين خصمين معلنين بالحضور بحيث يدلي كل منهما بحجه ثم تفصل المحكمة بينهما باعتبارها خصومة بين متخاصمين ،بل يصدر غيابيا بغير اعلان لا فاصلا في خصومة او دعوى.[٤]

---

[١] د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٥٥٥

[٢] نقض جنائي ٢٦ ابريل سنة ١٩٦٠ وهو من الاحكام المشهورة في هذا المجال حيث اجازت محكمة جنايات القاهرة رفع دعوى بطلان اصليه لتعلق الامر بالنظام العام مع ان البطلان المتعلق بالنظام العام يصححه قوة الامر المقضي.ولا تكون دعوى البطلان اصليه الا في مجال الانعدم.انظر رأي الدكتور احمد فتحي سرور في هذا الالحكم.مقالة الحكم الجنائي المنعدم،مجلة القانون والاقتصاد،مارس سنة ١٩٦٠،ص٤٧٣ وما بعدها . كما ايدت محكمة النقض السورية رفع دعوى انعدام مبتدأة ، نقض اساس ٣٤ قرار ٦٦ تاريخ ٣٠ /١٩٩٢/٤ ، مجموعة احكام النقض من عام ١٩٨٨-٢٠٠١ ،ج٣ ، اعداد عبد القادر الالوسي

[٣] د . احمد فتحي سرور ، الحكم الجنائي المنعدم ، المقال السابق، ص١٩

[٤] نقض ١٥ يناير ١٩٥٤ ، مجموعة القواعد، ج٦ ،رقم ٤٦١ ،ص٦٠٥ مشار اليه لدى د. غنام غنام ،المرجع السابق ،ص٢٥٣

كما اعملت المحكمة هذه الفكرة في حالة صدور حكم بناء على غش وتدليس من الخصوم ، فاذا تواطأ المتهم مع المجني عليه كي يرفع الاخير دعوى عليه ولا يقدم ادلة اثبات ،ويكلل مسعاهما بصدور حكم بالبراءة ،ثم تحرك النيابة العامة الدعوى فان هذا التواطؤ يهدر حجية الحكم الصادر بالبراءة .(١)

ويرى الاستاذ "ستيفاني جلاسير" ان الحكم المنعدم لا يحوز اية حجية ويجوز تقديم طلب بشانه الى المحكمة العليا لتقرير انعدامه . اذ من المقرر ان المحكمة اذا اصدرت حكمها في الدعوى خرجت من يدها ، ولا يجوز لها ان تنظرها مرة اخرى ، وكل ذلك مشروط بان يكون الحكم متمتعا بوجوده القانوني اما اذا كان الحكم منعدما فان المحكمة لا تستنفد ولايتها وبالتالي يحق لها تقرير الانعدام ولا يعتبر ذلك خروجا منها على قواعد حجية الاحكام.(٢)

والواقع ان اهدار حجية الحكم الجزائي بهذه الصورة ليس امرا سهلا . فتجاهل الحكم المنعدم يثير وضعا يصعب حله في مواجهة الاحكام الجزائية التي يتعين احترامها متى اصبحت نهائية واستنفدت طرق الطعن فيها ، والتي يجب ان تكون اقوى من اعتبارات النظام العام . لذلك فان الانعدام لا يرتب كافة اثاره القانونية ،وخاصة اهدار حجية الاحكام ، الا في النادر منها وعندما يكون الامرعلى درجة من الوضوح وبما لا يدع مجالا للشك في امكانية تقرير الانعدام

الفرع الثالث

عدم تنفيذ الحكم المنعدم

يمكن الاستعانة بنظام الاشكال في التنفيذ من اجل عدم تنفيذ الحكم الجزائي المنعدم ،لان هذا النظام يسمح بعدم تنفيذ بعض الاحكام التي يوجد سبب قانوني يحول دون تنفيذها .(٣) وبهذا يختلف الحكم المنعدم عن الباطل حيث لا يجوز اهدار حجية الاخير ما دام قد استنفد طرق الطعن او لم يطعن به خلال المدد المقررة قانونا .(٤)

---

(١) انظر مجموعة من قرارات محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص لدى المرجع السابق،ص ص٢٥٤

(٢) مشار اليه لدى د. عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ،ص ٦٩

(٣) انظر المادة ٣٦٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الباحثة في الاشكال في التنفيذ .

(٤) لم يتضمن القانونان المصري والفرنسي نصوصا بشأن الطعن بالحكم الصادر بحل الاشكال في التنفيذ ، لكن جرى العمل على الطعن بها وفقا للقواعد العامة ، اما المشرع الاردني فقد بين في المادة ٣٦٣/٤ ان القرار الصادر في حل الاشكال يكون نهائيا ، د. محمود كبيش ، الاشكالات في تنفيذ الاحكام الجنائية ، دار الفكر العربي ، ط١ ، ١٩٩٠ ،ص ١٥٧

ومن المعلوم انه بصدور الحكم الجزائي القابل للتنفيذ يلتزم المحكوم عليه بتنفيذه على النحو الذي تبينه السلطة القائمة على التنفيذ ، واذا كانت القوانين تنظم اجراءات مراجعة الاحكام عن طريق الطعن بها فانه يمكن للمحكوم عليه ان ينازع في تنفيذ الحكم دون الطعن به وذلك عن طريق الاشكال في التنفيذ • فهذ الوسيلة تعد من الوسائل الاضافية في يد المحكوم عليه اذا ما اصبح الحكم نهائيا وغير قابل للطعن او المناقشة امام قاضي الموضوع [١] .وبالنتيجة فانه يمكن القول بان الاشكال في التنفيذ هو نزاع قضائي حول شرعية تنفيذ الحكم لا شأن له بصحة الاجراءات السابقة عليه ، لم يحدد القانون له مواعيد معينة ، وليست اسبابه محددة عى سبيل الحصر . [٢]

ولما كانت اول مفترضات التنفيذ وجود حكم قابل للتنفيذ ،[٣]فان أي نزاع حول وجود هذا الحكم ، او عدم قابليته للتنفيذ يدخل بلا شك في مجال الاشكال في التنفيذ. واوضح صوره هي الحكم المنعدم ، سواء أكان الانعدام ماديا ام قانونيا.[٤] لان الحكم- حتى يكتسب هذا الوصف – لا بد له ان يستجمع صفاته الاساسية ،فان انتفت كلها او بعضها اصبح غير قابل للتنفيذ ، ولا يمكن الاعتداد بحجيته ،لان الحكم المنعدم لا يحوز اية حجية ، والنزاع الحاصل في هذه الحالة لا يعد نعيا على الحكم لانه لا يوجد حكم اصلا .[٥]

واذا كان من غير الجائز ان يستند الاشكال في التنفيذ الى اسباب تعيب الحكم ذاته ، كالقول ، انه لم يصدر عن محكمة مختصة او لم يشتمل على اسبابه ،فانه استثناء من هذه القاعدة يجوز طلب حل الاشكال في التنفيذ المتعلق بالحكم المنعدم ، لان هذا الحكم يفضي الى القول بعدم وجود سند قانوني للتنفيذ • ولعل ابرز صور الاشكال في التنفيذ هو الحكم المنعدم

اذا يعتبر الحكم المنعدم فاقدا لصفته كسند تنفيذي بحيث يجوز طلب حل الاشكال حول تنفيذه، واذا كانت حالة الانعدام القانوني لا تثير صعوبة في اعتبارها احدى حالات الاشكال في التنفيذ، فان الامر خلاف ذلك في حالة الانعدام المادي .فهل يشترط لحل الاشكال ان تكون نسخة الحكم موجودة ؟

---

[١] د. محمود كبيش ،الاشكالات في تنفيذ الاحكام الجنائية ، المرجع السابق ،ص ٩

[٢] د• كامل السعيد ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، نظريتا الاحكام وطرق الطعن فيها ، دراسة تحليلية تأصيلية في القوانين الاردنية والمصرية والسورية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية العلمية ،ط١ ، ٢٠٠١ ، ص ١٠٠ ، وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية ، انظر على سبيل المثال ،طعن١٥٢٢١ ،س٦٠ ،جلسة ١١ /٥ /١٩٩٨ ،طعن ١٠٠٥ ،س٣١ ،جلسة ٢ /١٠ /١٩٦٢

[٣] د. محمود نجيب حسني ،شرح قانون الاجراءات الجنائية ،المرجع السابق ، ص٩٥٤

[٤] د•محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ،ص ٩٤٣

[٥] MEREL ET VITU,OP.CIT,P٧٨• مشار اليه لدى د. محمود كبيش ،المرجع السابق ، ص٧٣

وايا كانت نتيجة الخلاف فان جميع الاراء متفقة على ان الوجود المادي للحكم شرط ضروري لتنفيذه وليس للنيابة العامة ان تنفذ الحكم في حالة فقدان نسخته الاصلية ودون وجود صورة رسمية مكانه .

وخلاصة الامر ان تشريعات الاصول الجزائية – ومنها التشريع الاردني – لا تنص على اعتبار الحكم المنعدم احد حالات الاشكال في التنفيذ ، الا ان تطبيق القواعد المتعلقة به يؤدي الى القول بجواز الاخذ بها في مجال الاحكام المنعدمة .

المطلب الثالث

التمييز بين الانعدام والبطلان

يتفق الانعدام والبطلان بانهما من العيوب الاجرائية التي تترتب على مخالفة الاجراء لقاعدة جوهرية ، وما يفترض ان ينتج عنه فيما لو صدر صحيحا . وعلى الرغم من انتمائهما لطائفة الجزاءات الاجرائية ، فان بينهما فروقا يمكن اجمالها على الوجه التالي :

١- اذا كان الانعدام يعني عدم الوجود ، فان البطلان لايودي الى انعدام الاجراء نفسه ، ويظهر هذا العيب بصيرورة الحكم باتا . وكل ذلك بخلاف الحكم المنعدم .[١]

٢-الحكم المنعدم يبقى منعدما حتى لو فاتت مواعيد الطعن فيه ،اما الحكم الباطل فانه يلزم الطعن فيه ضمن المواعيد المحددة قانونا والا اصبح نهائيا وواجب النفاذ .[٢]

٣-لا يجوز التمسك بالبطلان " النسبي " لاول مرة امام محكمة التمييز بينما يجوز ذلك بالنسبة للانعدام .[٣]

٤- الانعدام لا يقبل التصحيح بخلاف الإجراء الباطل الذي يجوز تصحيحه .

٥- الاجراء الباطل بطلانا نسبيا لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، بخلاف الانعدام الذي تقضي به المحكمة دون ان يلزم تمسك احد الخصوم به .

٦-البطلان يتقرر بموجب حكم ،فلا بد من ان يعلن القاضي بطلان اجراء ما حتى يسري مفعوله،اما الانعدام فهو يتقرر بقوة القانون .

٧- الانعدام يستند الى القواعد العامة ،وطبيعة الاشياء ، ولا يستند الى نصوص قانونية، بخلاف البطلان الذي يستند في الغالب الى نصوص تقرر وجوده.

---

[١] د. ادوار غالي ،مجموعة بحوث قانونية ،دار النهضة العربية ،١٩٧٨ ،ص٤٤٩

[٢] د.محمود نجيب حسني ،المرجع السابق ،ص٢٧

[٣] د . غنام غنام ، المرجع السابق ، ص٣٤٣

٨- يمكن تقسيم البطلان الى عدة اقسام او انواع او مذاهب. اما الانعدام فهو واحد لا يقسم الى انواع او اقسام. ومن الفقه من يرى ان الانعدام كالبطلان قد يكون كليا او جزئيا.[(١)]

٩- الاجراء المنعدم لا يجوز ان يتحول الى اجراء صحيح اقل من الاجراء الاصلي ،وهو بذلك يختلف عن الاجراء الباطل الذي يجوز ان يتحول الى اجراء اخر صحيح اذا تضمن عناصر الاجراء الاخير. وذلك وفقا لنظرية تحول الاجراء الباطل التي نصت عليها غالبية تشريعات اصول المحاكمات المدنية ،والتي يمكن اعمالها في مجال قوانين الاجراءات الجزائية لانها من الاصول القانونية العامة التي لا تحتاج الى نص صريح. [(٢)]

١٠- الحكم الباطل يغدو صحيحا اذا لم يطعن به او فاتت مواعيد الطعن ، ويكسب حجية الامر المقضي .اما الحكم المنعدم فلا يكسب مثل هذه الحجية ويجوزللنيابة العامة ان ترفع نفس الدعوى من جديد ضد المتهم الذي صدر بحقه حكم منعدم .

وبالرغم من وجود اوجه شبه كبيرة بين الانعدام والبطلان المطلق لتعلق كليهما بالمصلحه العامة ،وامكانية اثارة كل منهما من قبل المحكمة وفي جميع مراحل الدعوى ،الا انهما يختلفان بعد ذلك ،لما ينطوي عليه الانعدام من عدم الوجود ،بينما يتبرأ البطلان المطلق من كل عيب اذا لم يطعن به او بفوات مواعيد الطعن ،ويصبح حجة لا مراجعة فيه. فالانعدام ابعد مدى وأشد عمقا من البطلان بكل انواعه ودرجاته ، لان الاجراء الباطل له اساس من الوجود القانوني وان كان الوجود مشوبا بعيب البطلان ، اما الاجراء المنعدم فهو منذ البداية مجرد من الوجود القانوني .[(٣)]

---

(١) مع الاشارة الى عدم التسليم بصحة هذا الاتجاه. فكما تم ايضاحه سابقا حول عدم صحة القول بوجود بطلان كلي واخر جزئي. فان القول نفسه ينطبق على الانعدام الذي قد يرد على اجراء معين ،وقد يرد على الرابطة الاجرائية باكملها، وفي الحالتين هو انعدام كلي للاجراء المنفرد او للرابطة الاجرائية، انظر اصحاب فكرة الانعدام الكلي والجزئي د . لؤي حدادين ،مرجع سابق،ص٢٥٥، محمد كامل ابراهيم ،مرجع سابق،ص٢٦

(٢) د . محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ،ص٣٥٦

(٣) د. رمسيس بهنام ،المرجع السابق ، ص٨٧

المطلب الرابع

نظرية الانعدام في أحكام القضاء

يمكن بيان رأي القضاء من نظرية الانعدام في الفرعين التاليين :

الفرع الاول : موقف القضاء المصري والمقارن من نظرية الانعدام •

الفرع الثاني : موقف القضاء الاردني من نظرية الانعدام •

الفرع الاول

موقف القضاء المصري والمقارن من نظرية الانعدام

ذكرت سابقا وجود رأيين في الفقه احدهما يؤيد نظرية الانعدام ، والاخر ينكر وجودها. وقد انعكست اراء هاذين الفريقين على نظرتهما الى احكام القضاء المتعلقة بالانعدام .

فاصحاب الرأي المعارض لفكرة الانعدام ، يرون ان محكمة النقض المصرية لم تأخذ بنظرية الانعدام ولا يمكن الاستخلاص من احكامها انها تبنت مثل هذه الفكرة بالرغم من استخدامها بعض الالفاظ والمصطلحات ،عند الحديث عن البطلان ، قد توحي للبعض بانها تقصد الانعدام ، مثل مصطلحات ،عدم الوجود ، او كأن الدعوى لا حكم فيها .

ويضيف اصحاب هذا الراي ، انه باستعراض احكام محكمة النقض المصرية المختلفة والتي استخدمت فيها التعابير الدالة على الانعدام ، نجد ان مثل هذه الاحكام لا تنطبق على الانعدام ، وانما هي حالات اقرب ما تكون الى البطلان . وفي احوال اخرى تخلو من انطباق الانعدام او البطلان عليها على حد سواء .

فمثلا ، اتيح لمحكمة النقض ان تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم جاء خلوا من اسم الامة لاعتبار ان هذا البيان من مقومات وجوده .[1]والدليل على ما سبق ان المحكمة أكدت في قرارات لاحقة ان هذه المخالفة لا ترتب الانعدام او البطلان وان خلو الحكم مما يفيد صدوره باسم الامة او الشعب لا ينال من شرعيته او يمس ذاتيته ، وان ايراد هذا البيان ليس الاعملا ماديا كاشفا وليس منشئا له .[2] او ان تعتبر خلو الحكم من توقيع القاضي الذي اصدره يجعله

---

[1] من الاحكام الصادرة بهذا الشان ،نقض ١١ يناير ١٩٥٤ ،مجموعة احكام النقض ،س٥ ،ص٢٦٣، ٢٦ يونيو ١٩٥٦، ،مجموعة احكام النقض ،س٧ ،ص٩٤٢، ١١ فبراير ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ،س١٤ ص١٢١

[2] نقض جنائي ٢١ /١ / ١٩٧٤ ، هيئة عامة ،س ٢٥ ،١-١ مشار اليه لدى د. مأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤

في حكم المعدوم .[١] وتعتبر الدعوى كانها لا حكم فيها متى تم التوقيع على الحكم من شخص تجرد بعد صدور الحكم من صفة القاضي ثم قام بعد ذلك بوضع اسباب الحكم والتوقيع عليه [٢] كما تقرر ان كل حكم يجب ان يكون مكتوبا والافانه يعتبر غير موجود . [٣]او تؤكد ان اتصال المحكمة بالدعوى يكون معدوما اذا كانت الدعوى قد رفعت على المتهم ممن لا يملك رفعها قانونا.[٤]

اما فيما يتعلق باحكام الحالة التي ينظر فيها القاضي دعوى سبق له ان نظرها في مراحل سابقة او تولى وظيفة النيابة العامة فيها فانها لم ترتب الانعدام على هذه المخالفة ، فقد ضيقت محكمة النقض المصرية من نطاق البطلان في مثل هذه الحالات . حيث جاء في احد القرارات الصادرة عنها ما يلي "ان نظر القاضي الدعوى في احدى جلسات محكمة أول درجة واقتصار عمله على سماع شهادة المجني عليه دون ان يبدي فيها رأيا أو يصدر حكما ، يصح اشتراكه بعد ذلك في الهيئة التي اصدرت الحكم المطعون فيه "[٥] وفي قرار اخر قالت " لا يمس حكمة المشرع في تحريم سماع الدعوى في الدرجتين من قاض واحد ان يسمع قاض شهادة الشهود بناء على طلب النيابة ثم يجلس في الهيئة الاستئنافية لان سماع الشهود لا يعتبر منه ابداءالرأي في الدعوى "[٦]

ويشير اصحاب هذا الراي الى ان العيوب الاجرائية الواردة في قرارات محكمة النقض ،وامثالها ،هي من الحالات التي ينطبق عليها وصف البطلان لا الانعدام ، وان من يقول بانها تمثل حالات لانعدام الاجراء قد وقع تحت تاثير المصطلحات التي استخدمتها محكمة النقض، والتي جاءت لتؤكد جسامة هذه العيوب وليس لادراجها تحت احكام الانعدام .فضلا عن ان محكمة النقض قد استخدمت في بعض احكامها مصطلح البطلان الاصلي ،وهو مصطلح مثير للتساؤل ، قد يفهم منه وجود بطلان غير اصلي .[٧]

---

[١] نقض جنائي ١٣ يونيو ١٩٠٨ ، المجموعة الرسمية ،س١٠ ،ص٧٩ ، مشار اليه لدى د. سليمان عبد المنعم ، مرجع سابق ، ص٣٤

[٢] نقض جنائي ٢١ مايو ١٩٤٦ ،مجموعة القواعد ج٧،ص١٥٧

[٣] نقض جنائي ٢٧مايو ١٩٤٦ ،مجموعة القواعد القانونية،ج٧،ص١٦،١٧١يونيو١٩٤٧،مجموعة القواعد القانونية ،ج٧،ص٣٦١

[٤] نقض جنائي ٢٠ابريل ١٩٦٩ مجموعة احكام محكمة النقض ، س١٠ ،ص٤٥١

[٥] نقض جنائي ٦ /١٢/ ١٩٧١ أحكام محكمة النقض ،س ٢٢، ق ١٧٣ ،ص ٧١٣

[٦] نقض جنائي ١٩٦١/٢/٥ ، احكام محكمة النقض ،س ١٩ ق٢٦ ،ص٤٨ ،نقض جنائي ٣٠ /٥/ ١٩٢٩ ،مجموعة القواعد القانونية ، ج١ ،ق٢٧٠ ،ص ٣١٥

[٧] د. عبد الفتاح الصيفي ،المرجع السابق ،ص١٤٢

وبالنتيجة فهم يرون ان انعدام العمل الاجرائي هو صورة جسيمة من صورالبطلان والاختلاف بينهما يكمن في الدرجة وليس في طبيعة كل منهما. مع الاشارة الى ان البطلان الناتج عن الانعدام يحول دون تصحيح الاجراء المعيب، ويحق للمحكمة ان تقرره من تلقاء نفسها .

ويدعم اصحاب هذا الراي حجتهم بالقول بان الاجراء اما ان يوجد او لا يوجد، فاذا لم يوجد فليس من واجب الفقه او المحكمة التطوع لتكيف العدم . وخلاصة القول ان الاجراء الباطل لدرجة الانعدام هو نظير الاجراء الباطل بطلانا متعلقا بالنظام العام ، بحيث يجوز الطعن فيه ، كما يجوز الاستشكال في تنفيذه ، ويتجرد مثل هذا الحكم من حجية الامر المقضي به .

وبالمقابل يرى المؤيدون لنظرية الانعدام ان محكمة النقض قد افصحت في بعض احكامها بما يفيد أخذها بهذه الفكرة . من تلك الامثلة ،استقرار قضائها على ان الاحكام التي تخلو من بيان اسم الامة تعتبر منعدمة ،لان هذا البيان من البيانات الجوهرية التي تمس ذاتية الحكم ، وان مخالفة هذا البيان يفقد الحكم عنصرا جوهريا من مقومات وجوده قانونا .

ويستدلون على ان المحكمة قد اخذت في هذه الاحكام بفكرة الانعدام من تحليل للمادة ٤٢٥من قانون الاجراءات- تقابل المادة ٢٨٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني - والتي تحدد الحالات التي يجوز للمحكمة ان تنقض الحكم- لمصلحة المتهم - من تلقاء نفسها ، وهي : اذا تبين ان الحكم مبني على مخالفة القانون او على الخطا في تطبيقه او تاويله ، واذا كانت المحكمة التي اصدرته ليست مشكلة وفقا للقانون ، اولا ولاية لها بالفصل في الدعوى . وبخلاف هذه الحالات السابقة ليس للمحكمة ان تنقض الحكم من تلقاء نفسها ولو تعلق بالنظام العام ما دام ان الخصوم لم يطعنوا به في اسباب الطعن . ويستثنى من ذلك الحكم المنعدم .

وفي ضوء ما سبق لا يمكن تفسير قضاء محكمة النقض الا بنظره الى هذه الاحكام بانها منعدمة ،طالما ان السند الوحيد في نقض الاحكام من قبل المحكمة من تلقاء نفسها هو المادة ٤٢٥ والتي لا تنطبق على تلك الحالات .[١]

---

[١] مع الاشارة ان خلو الحكم من بيان اسم الامة لا يعتبر لدى غالبية من الفقهاء عيبا يؤدي الى الانعدام او حتى البطلان وهذا هو راي حتى اشد المؤيدين لنظرية الانعدام .انظر د.احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥حيث يرى ان هدف هذا البيان هو تحديد السلطة الشرعية في الدولة التي تصدر الاحكام باسمها ، ولا يقصد منه سوى الاحاطة باسم السلطةالتي ينتسب اليها الحكم .وهذا ما استقر عليه القضاء الايطالي الذي يعتبر اغفال هذا البيان مجردخطا مادي يتم تصحيحة.

ومن الامثلة التي تؤدي الى الانعدام في قضاء محكمة النقض زوال صفة القاضي فاذا زالت عنه هذه الصفة لاي سبب كان ، وقام بالرغم من ذلك بوضع اسباب الحكم وتوقيعة فان الحكم يعتبر منعدما.كما ان الحكم الذي لايوقع او لايكتب يعتبر منعدما في قضاء محكمة النقض ، ويجب ان يشمل الحكم على تاريخ اصداره والا بطل لفقده عنصرا من مقومات وجوده.[١]

اما فيما يتعلق بتشكيل المحكمة من العدد المطلوب فترى محكمة النقض ان مخالفة هذا المتطلب تؤدي الى بطلان الحكم بطلانا متعلقا بالنظام العام ،فاذا صدر الحكم من محكمة مشكلة من اربعة قضاة خلافا للقانون الذي يتطلب لتشكيل هذه المحكمة من ثلاثة قضاة فان هذا الحكم يكون باطلا لتعلقه باسس النظام القضائي . [٢]

وترى محكمة النقض السورية ان اقتصار مسودة قرار الحكم على المنطوق دون ذكر الوقائع والاسباب كان القرار بحكم المعدوم [٣] كم ترى المحكمة أن مسودة الحكم غير الموقعة من الهيئة الحاكمة يعتبر معدوما [٤]

(١) يرى جانب من الفقه – بحق– ان اغفال تاريخ الحكم يؤدي الى البطلان لاالانعدام .انظر مزيدا من هذه الامثلة لدى قضاء محكمة النقض مشار اليها لدى د.احمد فتحي سرور المرجع السابق ، ص ص ٢٠٨_٢١٠

[٢] نقض جلسة ١٩٥٨/٦/٦ ،المكتب الفني لسنة ٣٦ ص٧٦٧

[٣] نقض قرار اساس ١٩٠ تاريخ ١٩٩٠/١/١٧ ، مجموعة عبدالقادر الالوسي ، مرجع سابق ، ص٤٦ ونقض اساس٣٤ تاريخ ١٩٩٢/٤/٣٠ سبقت الاشارة اليه ، وترى في قرار حديث أن هذه المخالفة تورث البطلان قرار ١٠٠٥ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٦

[٤] نقض اساس ٥٨٠٧ تاريخ ١٩٩٣/١٠/١١ ، الالوسي ، المرجع السابق ، ص١١٣

الفرع الثاني
موقف القضاء الاردني من نظرية الانعدام

يرى جانب من الفقه انه بالرغم من استخدام محكمة التمييز لفظ الانعدام في قراراتها الا ان نظرة شمولية لاحكام القضاء الاردني لا تسمح بالقول بانه قد أخذ بفكرة الانعدام ،علاوة على خلطه بين الانعدام والبطلان المطلق .[١]

والواقع ان موقف محكمة التمييز لم يكن منسجما وواضحا الى الحد الذي يمكن معه القول بانها قد اخذت بفكرة الانعدام على اصولها . وبنفس الوقت فان احكامها لم تخل من بعض القرارات المتعلقة بالانعدام.

وباستعراض احكام هذه المحكمة نجد انها استخدمت – في احكام قليلة –مصطلح " الحكم المنعدم " وفي احيان اخرى تستخدم مصطلحات قريبة ، مثل " يكون الحكم لاغيا " او " لم يعد له وجود " او" تكون الاجراءات باطلة من اساسها " .

ومن الامثلة الواردة في قرارات محكمة التمييز حول الانعدام ما جاء في احد قراراتها بانه " توجب المادة ٣/٢٤ من قانون محاكم الصلح على القاضي ان يدرج في متن القرار علل الحكم واسبابه وبما ان حكم محكمة الاستئناف " **لم يعد موجودا** " فقد اخطات باعتمادها على الحكم السابق لانه ليس تعليلا للحكم ولا يغني عن بيان علله واسبابه من جديد قبل تحديد عقوبة المشتكى عليه "[٢] وتاكد نفس المعنى في قرار اخر جاء فيه ان الحكم الاستئنافي القاضي بفسخ حكم محكمة الصلح الصادر في جنحة يصدر بالدرجة القطعية ولم يخول القانون محكمة الصلح الاصرار على قرارها السابق لان الحكم المفسوخ قد الغي بفسخه من قبل الاستئناف " **ولم يعد له وجود** " وعلىمحكمة الصلح ان تنظر بالدعوى وتسير بها من النقطة المتوجبة للفسخ .[٣]

اما فيما يتعلق بمخالفة احكام الاختصاص فقد تباين موقف محكمة التمييز من هذه المسألة فأحيانا ترتب الانعدام واحيانا اخرى ترتب البطلان . فقد جاء في أحد قراراتها ما يلي "يعود أمر النظر بطلب اخلاء سبيل بالكفالة المقدم في قضية الاشتراك بمؤامرة تستهدف حياة جلالة الملك لمحكمة أمن الدولة ... فيكون نظر طلب اخلاء السبيل بالكفالة المقدم من اختصاص أمن الدولة ويكون قرار مدعي أمن الدولة برفض الطلب خروجا عن اختصاصه منعدما ومخالفا

---

[١] د. معتصم مشعشع ، بطلان الاجراءات الجزائية ،المرجع السابق ،ص٣

[٢] تمييز جزاء ١٩٥ /٨٦ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٨٩ ،العددان الاول والثاني ،ص٢٩٣

[٣] تمييز جزاء ٣ /٨٦ ، مجلة نقابة المحامين ،١٩٨٨ ،الاعداد الاول والثاني والثالث ،ص ٣٣٦

للقانون وبذلك لا تكون محكمة أمن الدولة قد استنفذت ولايتها للنظر في الطلب ويكون تقديم التمييز للطعن بقرار الرفض سابقا لاوانه ومستوجبا الرد شكلا " في حين جاء في قرار المخالفة الصادر في هذه الدعوى ان هذه المخالفة ترتب الانعدام وليس البطلان .وقد ورد في قرار المخالفة ما يلي " من المبادئ المستقر عليها في الفقه والقضاء ان الحكم الذي يصدر عن محكمة غير مختصة اختصاصا وظيفيا بنظر الدعوى يعتبر "حكما منعدما وكأنه لم يكن " ولا يجوز تنفيذه دونما حاجة لاصدار حكم بذلك لان قواعد الاختصـــاص الوظيــفي من القواعد الامرة "[١]

هذا فيما يتعلق بموقف المحكمة من بطلان الحكم او انعدامه بسبب عدم الاختصاص الوظيفي ،اما فيما يتعلق بتشكيل المحكمة من العدد المطلوب في جرائم معينة ، فقد كان لمحكمة التمييز فيه موقفان متناقضان ؛ حيث صدر عنها قراران يفصل بينهما يوم واحد ، احدهما يرتب البطلان لكنه يجيز للمحكمة تصحيحه باجراء لاحق ،وفي الثاني قالت المحكمة بانعدام الحكم . وكلا الحكمين جديران بالتوقف عندهما ، لنحاول بعد ذلك استخلاص موقف محكمة التمييز من فكرة الانعدام .

جاء في القرار الاول انه " يعتبر باطلا انعقاد محكمة الجنايات من قاضيين اذا كانت عقوبة الفعل المسندة الاشغال الشاقة خمسة عشر سنة ويعتبر تشكيل المحكمة من النظام العام ويجوز تصحيح هذا الاجراء بحيث يصبح مطابقا للقانون اذا كانت الاجراءات الباطلة التي لم تراعي فيها المحكمة القواعد القانونية اذا تم تصحيحها باجراء لاحق من شانه ان يعدم اثر البطلان وعليه وطالما ان محكمة الجنايات انعقدت في جلستها الاولى من قاضيين ثم استدركت هذا الخطأ مما يعدم فاعلية البطلان الذي شاب الاجراء"[٢]

اما في القرار الثاني ، وبالرغم من ان المحكمة قالت بان الاجراءات باطلة ولم تذكر الانعدام الا انها في واقع الامر رتبت آثار الاخير واهدرت حجية الحكم المطعون فيه مما يعني انها تقصد الانعدام لا البطلان . وقد جاء في هذا القرار ما يلي " ...وطالما ان المادة ٥ /أ من قانون تشكيل المحاكم النظامية يقضي بان تنعقد المحكمة البدائية الجزائية من ثلاثة قضاة عند النظر في القضايا الجزائية التي تكون عقوبتها الاعدام او الاشغال الشاقة ...فيكون

---

[١] تمييز جزاء ٢٥ /٨١ ، مجلة نقابة المحامين ،١٩٨١ ، العدد السابع ، ص ١٣١٧ ، حيث اوضح القضاة الاربعة الذين اصدروا قرار المخالفة بان الحكم الذي يجوز طلب اعادة المحاكمة فيه يجب ان يكون حكما قابلا للتنفيذ ، وحيث ان الحكم موضوع الطلب هو حكم منعدم وغير قابل للتنفيذ فانه يجب رد طلب اعادة المحاكمة مع حق طالب اعادة المحاكمة بان تتم محاكمته امام المحكمة العسكرية صاحبة الاختصاص ويستطيع ان يبدي امامها ما يشاء من الدفوع

[٢] تمييز جزاء ٧١٠ /٩٧ ، مجلة نقابة المحامين ،١٩٩٨ ،العددان الثالث والرابع ،ص ٩٧٨

انعقاد محكمة محكمة جنايات السلط من قاضيين اثناءالنظر بجناية حيازة سلاح اوتوماتيكي المسندة للمتهم **باطلا وتكون اجراءاتها باطلة من اساسها** فيما يبنى عليه انها لم تبدأ بعد بمحاكمة المتهمين بصورة قانونية ويكون امر النظر بهامن اختصاص محكمة امن الدولة .."

وكان هذا الحكم بصدد تعين المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى، هل هي محكمة البداية ؟ ام محكمة امن الدولة ؟ حيث توصلت محكمة التمييز الىانعدام حكم محكمة جنايات السلط واعتباره باطلا من اساسه وكانه غير موجود لتمارس محكمة امن الدولة اختصاصها في نظر الدعوى من جديد .

في الواقع ان الحكمين السابقين ليسا بمنأى من النقد . فمن الراجح في الفقه والقضاء المقارن ان الخطأ في تشكيل المحكمة لا يرتب البطلان – على نحو ما جاء في قرار المخالفة الصادر عن محكمة التمييزفي القرار الاول – لان التكوين العددي للهيئة التي اصدرت الحكم لا يمس صفتها القضائية وانما يمس صلاحيتها للفصل في النزاع ، فهو من شروط الصحة لا شروط الوجود . وقد قضت محكمة النقض المصرية بان هذه المخالفة ترتب البطلان لا الانعدام .[١]

اما مخالفة الاحكام الواردة في المادة (٢٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية من حيث قيام القاضي الذي تولى وظيفة النيابة العامة في دعوى معينة باصدار حكم فيها كقاض للموضوع فقد رأت محكمة التمييز – في أحد قراراتها الحديثة نسبيا – ان هذه المخالفة من الجسامة بحيث يترتب على مخالفتها الانعدام . فقد جاء في هذا القرار " يستفاد من نص المادة (٢٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية انه يتعذر على القاضي الذي تولى اعمال النيابة في دعوى معينة ان يحكم بها كقاضي موضوع . وحيث ان الحكم المميز كان قد صدر عن القاضي الذي سبق ان اصدر قرار الاتهام الذي اسست عليه الدعوى فان تشكيل الهيئة الحاكمة التي اصدرت القرارالمميز باشتراك ذلك القاضي تجعل منها تشكيلا غير قانوني وبالتالي فان الحكم الصادر عنها يكون **منعدما** " [٢]اما اذا سبق للقاضي ان نظر الدعوى في أي مرحلة من مراحلها– وعرضت عليه نفس الدعوى– في مرحلة الاستئناف او التمييز فانه يمتنع عليه كذلك ان يحكم بها استنادا الى ذات المبدأ السابق ، الا ان محكمة التمييز لم ترتب الانعدام على هذه المخالفة اسوة بالحالة السابقة ، بل رتبت البطلان ، وارى ان هذا التمييز بين

---

[١] يرى الدكتور احمد ابو الوفا ان هذه المخالفة ترتب الانعدام ، في حين يرى الدكتور فتحي والي ان هذه المخالفة ترتب بطلان الحكم بطلانا لا يقبل التصحيح . د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام ، المرجع السابق ص٢٦٨ ، د. فتحي والي ،المرجع السابق ، ص٦٢٦ ، وانظر نقض جنائي مصري ٢٦ أبريل ١٩٦٠ ، سبقت الاشارة اليه

[٢] تمييز جزاء ٩١٤ /٢٠٠٠ ،المجلة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد الرابع ،ص١٩٦

الحالتين ليس له ما يبرره ،وان ابعاد القاضي عن مظنة التأثر بالرأي السابق تكون اكثر اثرا في الحالة التي ينظر فيها الدعوى كقاضي موضوع مقارنة بالحالة الاخرى التي يكون فيها ممثلا للنيابة العامة .

وقد جاء في هذا القرار "اذا تبين من اوراق الدعوى ان احد القضاة كان قد ترأس هيئة محكمة الجنايات الناظرة بهذه الدعوى واستمع لبعض شهود النيابة ...الامر الذي يمتنع عليه معه الاشتراك في رؤية هذه القضية في مرحلتها الاستئنافية عملا باحكام المادة ١٣٢ /٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية مما يترتب عليه بطلان الحكم المطعون فيه عملا باحكام المادة ١٣٣ من نفس القانون باعتباره القانون العام بالنسبة لقوانين الاجراءات " [١]

وقد تأكد نفس المعنى في قرار آخر وان لم تصرح المحكمة بلفظ البطلان ، حيث جاء في هذا القرار انه لا يجوزان يتولى القاضي الفصل في قضية من القضايا في درجتين من درجات محاكم الموضوع اوفي محكمة من محاكم الموضوع وفي مرحلة التمييز فعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني يحكم هذه المسألة في قانون اصول المحاكمات الجزائية الا ان المادة ١٣٢ / ٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية بينت ان القاضي يكون ممنوعا من نظر الدعوى ولو لم يرده احد الخصوم اذا كان قد سبق له نظرها قاضيا او خبيرا او ادى الشهادة فيها .[٢]

لقد عادت محكمة التمييز– اخيرا – في أحدث قرار لها حول هذه المسألة للقول ان هذه المخالفة ترتب الانعدام وليس البطلان • حيث جاء في هذا القرار " •• نصت المادة ١٣٢ من الاصول المدنية على ان يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى •• • اذا كان قد سبق له نظر الدعوى قاضيا او خبيرا او محكما او كان قد أدى شهادة فيها • وحيث انه من الثابت ان القاضي •• نظر الدعوى في مرحلة الدرجة الاولى ثم اشترك في رؤيتها وأصدر الحكم فيها في المرحلة الاستئنافية ، لذلك يكون الحكم المميز **منعدما** لصدوره من هيئة مشكلة خلاف القانون " [٣]

اما عن موقف محكمة الاستئناف العسكرية فقد صدر عنها اول قرار يتعلق بهذا الموضوع وبمناسبة تولى احد قضاة المحكمة العسكرية وظيفة النيابة العامة في نفس الدعوى التي فصل فيها ،وقررت محكمة الاستئناف العسكرية ان مثل هذه المخالفة تستوجب البطلان لا الانعدام ومما جاء في هذا القرار ؛ ان المادة ٢٤ / أ من قانون اصول المحاكمات الجزائية تمنع

---

[١] تمييز جزاء ٨٥١ /٩٩ ،المجلة القضائية ،السنة الرابعة ، العدد الرابع ،ص ٢٩٤

[٢] تمييز جزاء ١٩٩٩/٥٩٤ ، المجلة القضائية ،النة الرابعة ، العدد الرابع ، ص ٢١١

[٣] تمييز جزاء ٢٠/ ٢٠٠١ ، المجلة القضائية ، السنة الخامسة ، العدد الثاني ، ص ٣٩٧

بصورة مطلقة القاضي الذي تولى وظيفة النيابة العامة في قضية معينة ان يحكم فيها وذلك تحاشيا للاحساس المسبق بالرأي ولضمان الحياد وحتى يكون خالي الذهن عن تفاصيل القضية ترسيخا لمبدأ القناعة الوجدانية التي تبنى عليها الاحكام الجزائية . وحيث ثبت للمحكمة ان القاضي الذي شارك في اصدار الحكم كان قد تولى وظيفة النيابة العامة فيها فانها تقرر بطلان اجراءات المحاكمة وبطلان النتيجة التي ترتبت على هذه الاجراءات .واضافت المحكمة انه لما كان تواجد المدعي العام (عضو المحكمة) ضمن هيئة المحكمة غير قانوني فان النصاب القانوني لتشكيل هيئة المحكمة يعتبر غير قائم اذ يجب ان تتألف المحكمة من رئيس وعضوين وبالتالي فان اجراءات المحاكمة وما ترتب عليها تعتبر غير قانونية وباطلة من هذه الناحية ايضا ، كما ابطلت المحكمة ما ترتب على هذا الحكم من تنفيذ فوري للعقوبة وقررت الافراج عنه . [١]

من جهة اخرى سبق القول ، وعند الحديث عن معيار الانعدام ، ان الاجراء الذي لا يصدر عن ارادة حرة يعتبر منعدما ، كالاجراء الصادر عن مجنون او شخص غير اهل للقيام باي اجراء .

وقد طبقت محكمة التمييز هذا المبدأ في احد قراراتها حيث جاء فيه "الجنون مانع من موانع العقاب [٢]من شانه ان ينفي ارادة الجاني ..والمجنون غير اهل للقيام باي اجراء قضائي ،حيث يعتبر تقديم الاستئناف وتبليغه **وكأنه لم يكن** ولا يشكل ذلك مانعايحول دون نظر الاستئناف اذا قدم ممن يملك الوصاية "[٣]

المطلب الخامس
تقدير نظرية الانعدام

بينت فيما سبق ، ماهية هذه النظرية والاراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لها ، والتمييز بينها وبين البطلان وموقف القضاء منها . وقد كان هذا البيان مختصرا الى الحد الذي اوضحت فيه علاقة هذا الجزاء الاجرائي بالبطلان – موضوع الدراسة – سيما وان جانبا من

---

[١] قرار محكمة الاستئناف العسكرية رقم ١ / ٢٠٠٢ ، قرار غير منشور ، وتجد الاشارة ان محكمة الاستئناف العسكرية قد بالغت في ترتيب البطلان في مثل هذه الحالات ، عندما ابطلت قرارا للمحكمة العسكرية بسبب ان المدعي العام سبق له ان اتخذ اجراء في هذه الدعوى ، و نظرها قاضيا في مرحلة تالية ، قرار محكمة الاستئناف العسكرية رقم ٤٥ /٢٠٠٣

[٢] الجنون مانع مسؤولية من شانه نفي الوعي والاختيار ولا يقتصر اثره على نفي العقاب مثل الاعذار المحلة من العقاب انظر تفصيل ذلك لدى د. كامل السعيد ،شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات ،مرجع سابق ،ص٥٣٧

[٣] تمييز جزاء ٢٩٨ /٩٩ ، مجالة نقابة المحامين،١٩٩٩ ،العدد١٢ ،ص٤١٥٢

الفقه ينكر وجود هذه الفكرة ولا يرى في الانعدام الا صورة من صور البطلان ويستبدلونه بالبطلان المتعلق بالنظام العام .

وتبين لنا بالمقابل ان المؤيدين للانعدام يرون فيه نظرية متكاملة ومستقلة عن البطلان مع الاعتراف بوجود اوجه للشبه بينهما باعتبارهما ينتميان الى طائفة الجزاءات الاجرائية . وقد غالى اصحاب هذا الراي – في بعض الاحيان –عند توسيع نطاق الانعدام ، حيث شمل اجراءات يمكن الجزم بانطباق البطلان عليها ، وفي احيان اخرى قد لا ترتب تلك المخالفة توقيع أي جزاء اجرائي اخر .كما بالغ المؤيدون في تفسير احكام القضاء ،وبما يخدم وجهة نظرهم ،عندما استدلوا من بعض الاحكام على قصد القضاء بانه كان يعني الانعدام وليس البطلان .

واذا كان تقييم هذه النظرية بشكل واف ومفصل ليس من اهداف هذه الدراسة ، لان يخرج عن نطاقها. الا ان ذلك لا يمنع من تقييمها في اطار الجزاءات الاجرائية التي يشكل اشدها ، وما يترتب عليه من انعدام للاجراء، فضلا عن وجود اوجه للخلط والتشابة بينه وبين البطلان

وحتى نصل الى تقدير سليم لهذه النظرية لا بد من استعراض الاسانيد التي اعتمدها المنكرون والرد عليها ، ولو بشكل مختصر ، ويمكن بيان ذلك على النحو التالي :[1]

– قيل بان هذه النظرية غير مفيدة ،لان القاضي في حالتي البطلان والانعدام ينحصر دوره في تقرير أي منهما دون الانشاء . ويتمثل الرد على هذه الحجة بان اتحاد دور القاضي في الحالتين لا يحول دون التسليم بالفارق الهام بينهما ، وابرز هذه الفوارق هو تجاهل حجية الحكم المنعدم الذي يجيز رفع دعوى جديدة في نفس الموضوع ، فضلا عن ان الانعدام له فوائد عملية ويعالج حالات لا ينطبق عليها البطلان المتعلق بالنظام العام .

–ليس لهذه النظرية أي سند تشريعي ، فهي تخالف القانون لان المشرع لم ينص عليها او ينظمها اسوة بالبطلان. هذا الانتقاد مردود ايضا لان المشرع لا يقرر انعدام المعدوم ، بخلاف البطلان الذي يحتاج لبيان المشرع لاحكامه . فاذا كان البطلان جزاء لمخالفة القانون المنظم لصحة العمل الاجرائي ،فان الانعدام هو نتيجة منطقية لمخالفة القانون الصارخة والتي لا تحتاج الىتدخل من المشرع لتقريرها.

–من المآخذ على هذه النظرية غموض معايير الانعدام• لاشك ان غموض الاراء الفقهية حول الانعدام ،او عدم وضوح المعايير التي تحدد العمل المنعدم لا تشكل عيبا في هذه النظرية

---

[1] لمزيد من التفصيل حول هذه الاراء والرد عليها ، ينظر د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ،ص ص١٨٦–١٨٨ ،د. فتحي والي ،المرجع السابق ، ص ٤٧١ ،د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي ، المرجع السابق ،ص٢٩٧

بقدر ما تقدم في هذه الاراء ،لعدم قدرتها في وضع معايير منضبطة تفرق بين الاجراء المنعدم والاجراء الباطل ٠

-اتحاد الانعدام في الاثار مع البطلان المطلق بحيث يمكن الاستغناء عنه والاخذ بالبطلان المطلق ٠قد يصح مثل هذا القول في القانون المدني ٠اما التشريعات التي لا تأخذ بالبطلان المطلق فلا بد لها من الاخذ بالانعدام الذي يستند الى القواعد العامة ولا يحتاج الى نص يقرره

بعد الاستعراض السابق ،يمكن القول بان الغالبية تتفق على ضرورة الاخذ بنظرية الانعدام وحتى من يعارضها يحاول استبدالها بفكرة البطلان المطلق لقناعتهم بوجود بعض الاجراءات والاحكام التي يستدعي الامر اعلان بطلانها لتعلقها بالنظام العام ،وكأن الامر يتعلق بتغير مسمى ليس الا.

واميل مع الرأي القائل بان البطلان المطلق لا يمكن ان يحل محل الانعدام بالرغم من جميع اوجه الشبه والاتفاق بينهما ، حيث يبقى البطلان المطلق نوعا من البطلان ، او درجة من درجاته ،ولكنه ليس الانعدام .

واذا كانت الاراء المناهضة للانعدام ترى فيه حلا لمشكلة في مرحلة من المراحل كان السائد فيها قاعدة لا بطلان الا بنص ، وانه جاء لتحقيق ضرورات عملية لم يعد لها وجود في ظل نظرية البطلان الذاتي ، فان مثل هذه الاراء لا تقلل من شان الانعدام ، ولا تلغي الحاجة الى وجوده .

وبالرغم من ان القضاء هو المصدر الرئيس لهذه النظرية ،وكان من المؤمل ان يوضح معالم هذه النظرية ،ويحدد معاييرها ، الا انه ساهم في زيادة الغموض حولها ، والخلط بينها وبين البطلان ،فنجده عندما يستخدم مصطلحات يدل ظاهرها على اخذه بالانعدام يكون في واقع الامر يقصد البطلان ،والعكس صحيح ، واحيانا اخرى يجمع بين المصطلحين في حكم واحد بحيث لا يعرف ان كان المقصود بالجزاء هو الانعدام أم البطلان، ولربما كان مرجع تردد القضاء في الاخذ بهذه النظرية ، او عدم التوسع في حالاتها ناتج عن رغبة القضاء في اعلاء مبدأ حجية الاحكام الذي يجب ان يسمو حتى على اعتبارات النظام العام .الا ان هذا التبرير يجب ان لا يكون حائلا دون الاخذ بنظرية الانعدام في الحالات التي يستدعي فيها الامر اهدار حجية الاحكام على نحو ما تم بيانه .

وحتى تتم المحافظة على حجية الاحكام ، واعادة الاجراء الذي بلغ العيب فيه حدا جسيما افقده مقوماته الاساسية ،فانه لا بد ان يعمل بفكرة الانعدام ضمن حدودها الدنيا ، اذ لا يعقل ترتيب الانعدام على بعض العيوب التي تلحق الاجراءات ولا تصل حدا يفقدها احد اركانها او حتى احد شروط صحتها .

واذا اتفقنا على ضرورة الاخذ بنظرية الانعدام فانه لا بد من ايجاد الوسائل الكفيلة لتقرير الانعدام ،اما عن طريق تجاهل الحكم المنعدم ، اوالاشكال في التنفيذ ، او عن طريق الدعوى الاصلية، وان كانت الاخيرة هي افضل الوسائل التي يتم عن طريقها الكشف عن الانعدام .

واقترح ان يتم اضافة حالة انعدام الحكم الى حالات الطعن باعادة المحاكمة ليتسنى للمحكمة نظر الدعوى من جديد واصدار حكم تعلن فيه الغاء الحكم المنعدم ، لان الاحكام المنعدمة ليست دائما من الوضوح ، فقد يكتسب بعضها مظهر الاحكام الصحيحة الامر الذي يستدعي الغاءها عن طريق المحكمة التي اصدرتها . وهذا بالطبع ينطبق على الاحكام الصادرة بالادانة دون الاحكام الصادرة بالبراءة او عدم المسؤولية .[1]

---

[1] من المعلوم ان اعادة المحاكمة طريق غير عادي من طرق الطعن يلتمس فيه الحكوم عليه اعادة النظر في الاحكام الباته الصادرة بعقوبة في جناية او جنحة اذا ظهر انها مشوبة بخطأ جسيم . فالحكم البات الذي وصل فيه العيب حدا جسيما لا يجوز عدالة ان نبقي عليه احتراما لمبدأ حجية الشئ المحكوم فيه وحفاظا على استقرار الاوضاع القانونية . ويمكن عن طريق هذه الحالة البحث في حجية هذا الحكم ولو كان قطعيا والنظر في امر الحكم المنعدم بعد اضافة هذه الحالة تشريعيا . ويؤخذ على هذه الطريقة اقتصارها على الاحكام القطعية دون الاجراءات السابقة على الحكم او الصادرة عن سلطات التحقيق الابتدائي . د. حسن جوخدار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، ط١ ، ١٩٩٣، ج٣+٤ ، ص ٣٢٧ ، وانظر كذلك المادتين ٢٩٢ ، ٢٩٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

الفصل الثاني

مناط الإجراء الجزائي الباطل وتقسيماته

الأصل في الإجراء الجزائي أن يصدر صحيحا ومنتجا لآثاره المرجوة من اتخاذه ، حتى تنتقل به الدعوى من مرحلة التحقيق الابتدائي إلى مرحلة التحقيق النهائي وصولا إلى تحقيق غايتها في بيان أمر الجرم الواقع ومدى نسبته إلى المتهم ، فالعمل الإجرائي هو وسيلة الدعوى ومادتها الأولى حيث يتولى المشرع بيان شروطه وأحكامه ووضع الجزاء المناسب عند مخالفته للأصول المحددة بموجب القانون ·

وإذا كان الأصل أن تكون جميع إجراءات الدعوى صحيحة وموافقة للقانون ، فانه من الطبيعي ايضا ان تصدر بعض الاجراءات مخالفة لهذا الاصل ، فهنالك العديد من الإجراءات المعيبة التي يتم الاعتماد عليها ، وتؤدي الى تحريك الدعوى الجزائية والسير بها ، وقد يترتب عليها صدور حكم فاصل يؤثر في المركز القانوني للمتهم ، ويجعله في وضع مساو لمتهم آخر تم اتخاذ كافة إجراءات الدعوى قبله بصورة مطابقة للقانون ، ما لم يتدخل المشرع لتحقيق التوازن المطلوب عن طريق البطلان لاستبعاد الاثر القانوني المترتب على تلك الإجراءات المعيبة وعدم التعويل عليها في بناء الحكم ، لان المساواة بين الحالتين السابقتين أمر تتأذى منه العدالة ، ولا يتفق مع طبائع الأمور ·

لذلك ، اتجهت تشريعات الأصول الجزائية المختلفة إلى وضع جزاءات معينة، يأتي البطلان في مقدمتها ، من اجل ضمان اتخاذ الإجراء ضمن الضوابط الشرعية التي أرادها له المشرع ، فإذا كان الإجراء معيبا برز البطلان له يسلبه كل اثر يمكن أن يترتب عليه فيما لو صدر صحيحا · وحتى لا يبقى التمييز بين الإجراء الصحيح والمعيب مجرد كلام نظري يخلو من المضمون أو الفائدة ·

والواقع أن تقرير بطلان الإجراء الجزائي لم يظهر على صورة واحدة أو ضمن مذهب معين ، حيث اختلفت التشريعات في كيفية تقريره ؛ فمنها من يأخذ بمذهب البطلان القانوني ، تطبيقا لقاعدة " لا بطلان إلا بنص " · فاذا اراد المشرع ان يرتب البطلان على مخالفة اجراء معين فانه ينص على ذلك في نصوص واضحة لا لبس فيها ، اما في الحالات الاخرى فلا يترتب البطلان رغم صدور الإجراء معيبا ومخالفا للقانون ، فالامر – وفق هذا المذهب – متروك لارادة المشرع ، فهو الذي يحدد المخالفة الاجرائية التي تستوجب البطلان من عدمها

بالمقابل هناك تشريعات تاخذ بنظام البطلان الذاتي لتقديرها بان المشرع لا يستطيع حصر حالات البطلان ، وهي تترك للقاضي سلطه تقديرية في هذا المجال في ضوء التمييز بين الإجراء الجوهري وغير الجوهري وعلى نحو ما سيتم بيانه بعد قليل ٠

إذا ليست كل القواعد الإجرائية على درجة واحدة من الأهمية في ترتيب البطلان عند مخالفتها فهنالك اجراءات تبقى صحيحة ومنتجة لآثارها رغم أنها معيبة ومخالفة للقانون ، لذلك كان من الضروري التمييز بين تلك القواعد الإجرائية المختلفة ، وخاصة في ظل تبني المشرع لنظام البطلان الذاتي ٠

وفي المجال الفقهي [١] فقد تساءل الفقهاء عن كيفية تقرير البطلان ، وعن الوسيلة المؤدية للكشف عنه ، سيما وان شروط كل اجراء تختلف من اجراء الى آخر وليس بالمقدور حصر هذه الشروط في كل اجراء ٠ وبالنتيجة فقد انبثق عن الاراء الفقهية المختلفة مذاهب او نظريات ثلاث ، اخذت بها التشريعات المختلفة بصورة منفردة او جمعت بين بعضها ٠ وهذه المذاهب هي : مذهب البطلان القانوني ، ومذهب البطلان الذاتي ، ومذهب البطلان الشكلي ، ويعد الاخير من اقدم هذه المذاهب ، ويحظى باهمية تاريخية ، بينما يسود المذهبان الاخران معظم التشريعات الاجرائية الحديثة مع وجود بعض الانظمة التي تخلط بين المذهبين ولا تاخذ بواحد منهما دون الاخر ٠

ولا تكفي دراسة النظريات او المذاهب السابقة ، اذ لا بد من بيان المعيار او الضابط الذي يتم من خلاله تمييز الإجراء الباطل عن غيره من الاجراءات الاخرى ، وهل الضابط في ذلك هو الاخلال بحقوق الدفاع او المصلحة العامة ام تفويت الغاية من الإجراء او اشتراط حصول الضرر ام غيره من المعايير التي يمكن بيانها لاحقا ٠

اذا ، يمكن القول ان تقرير البطلان ليس امرا سهلا دائما ، فمن التشريعات ما يتوسع في حالاته ، ومنها ما يأخذ به ضمن نطاق ضيق ، وفي جميع الاحوال يجب ان يقوم على اساس من الثبات والتحديد حتى يعرف الاشخاص الاجرائيون ما لهم وما عليهم ، وان يتم تحديده دون افراط او تفريط ، حتى لا يفلت مجرم من العقاب بسب مخالفات اجرائية يمكن تلافيها ، او ان تؤدي تلك المخالفات الى اطالة امد الدعوى بحيث تنفذ الخصومة هدفها في تحقيق الدفاع الاجتماعي بتوقيع العقاب على المتهم ضمن وقت مناسب ، دون اهدار لحقوقه وحرياته التي يجب المحافظة عليها في كل الظروف ٠

---

[١] د٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢

وفي ضوء ما سبق يمكن تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الاول : مذاهب البطلان

المبحث الثاني : حالات البطلان وتقسيماته ٠

المبحث الثالث : البطلان في التشريع والقضاء الاردني ٠

المبحث الاول
مذاهب البطلان

يقتضي كل اجراء جزائي توافر شروط معينة فيه حتى ينتج آثاره القانونية ، واذا تخلف شرط منها غدا الإجراء معيبا وغير صالح لانتاج آثاره المطلوبة منه ، وتختلف هذه الشروط من اجراء الى آخر ، وليس بمقدور المشرع حصرها في كل اجراء ٠ من هنا نشأ الخلاف حول صحة او بطلان الاجراءات المختلفة ، وماهي الاجراءات التي يترتب على مخالفتها البطلان من الاجراءات التي لا يترتب على مخالفتها مثل هذا الجزاء ، ولحسم هذا الخلاف ظهرت مذاهب ونظريات البطلان المتعددة ٠

وتسلك التشريعات المختلفة –عادة – أحد السبل التالية : فاما ان يتولى المشرع بنفسه حصر حالات البطلان وهو ما يسمى" بالبطلان القانوني " ، او ان يتولى المشرع وضع ضابط عام للحالات التي يمكن ان يترتب على مخالفتها البطلان وهو ما يسمى " بالبطلان الذاتي " وقد يشترط المشرع بالاضافة الى وجود المخالفة توافر الضرر ، كما جاء في مبدأ " لا بطلان الا بوجود الضرر" ويضاف اليها ، مذهب او نظرية أخرى تم الاخذ بها قديما ونعني بها " نظرية الشكل" ٠

ولبيان ماهية هذه المذاهب ، وميزاتها والانتقادات التي تعرضت لها ، يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول : التعريف بمذاهب البطلان وبيان ماهيتها ٠

المطلب الخامس : تقدير مذاهب البطلان ٠

المطلب الاول

التعريف بمذاهب البطلان

اولا : البطلان القانوني

مؤدى هذا المذهب تطبيق للقاعدة التي تقضي بانه لا بطلان الا بنص يقرره .[١] فالمشرع وحده الذي يحدد – وعلى سبيل الحصر – أحوال بطلان الإجراء الجزائي وفقا لما يراه من اعتبارات معينة ، وبالنظر لما يستهدفه من غايات عند مباشرة أي اجراء من اجراءات الدعوى .[٢] وبعبارة أخرى فانه لا يجوز تقرير بطلان أي اجراء مالم يكن المشرع قد نص صراحة على وجوب تقريره [٣]

ويترتب على الاخذ بهذا المذهب بصورة مطلقة أمرين هما :

أولا : لا بد لكي يتقرر بطلان اجراء من اجراءات الدعوى الجزائية ان يكون المشرع قد فرض – بداية – وبنصوص صريحة جزاء البطلان على مخالفة أي من هذه الاجراءات للاصول الواجب اتباعها قانونا ، ولا يكفي لتقرير بطلان اجراء معين ان يحدد المشرع الشروط والعناصر الوجب توافرها فيه ، ذلك ان عدم توافر مثل تلك المتطلبات لا يعني بالضرورة أن الإجراء أصبح باطلا ، اذ لا بد من النص صراحة على البطلان .[٤]

ثانيا : ليس للقاضي أي سلطة تقديرية في هذا الشان ، فهو ملزم بتقرير البطلان عندما ينص المشرع عليه ، وبالمقابل لا يستطيع الحكم ببطلان اجراء معين لم ينص على بطلانه مهما بلغت مخالفتة من الجسامة ، فهو مقيد بالنتيجة بالنصوص القانونية التي تحدد على وجه الحصر الاجراءات التي ان جاءت مخالفة للقانون قرر بطلانها [٥]

ومن اهم ميزات هذا المذهب انه يتسم بالوضوح والتحديد ، فالمشرع وحده هو الذي يتولى تحديد الاشكال الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان ، بحيث يبقى الشخص الاجرائي على بينة من أمر الإجراء الذي يكون عرضة للبطلان ان صدر معيبا ، وحتى لا يفاجأ بحكم القضاء في هذا الشأن . وسيؤدي ذلك– بالطبع – الى استقرار القضاء على مبادئ ثابتة لا

---

[١] د. عبد الحميد ، الشواربي ،البطلان الجنائي،المرجع السابق ، ص ٣٣

[٢] GARRAUD , TRITE D,INSTRUCTION CRIMINEELE ,P٤٢٢ مشار اليه لدىد.احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٣٧٠ ، د.عبد الحكم فوده، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٠٥

[٣] V.J.PRADEL , PROCEDURE PENAL ,CUJAS,١٩٩٣ ,N ٤٦٥ مشار اليه لدى د. سليمان عبدالمنعم ، بطلان الإجراء الجزائي ، المرجع السابق ن ص ٤٧

(٤) GARAUD , TRAITE , DINTRUCTION CRIMINELLE ,P ٤٢٢ مشار اليه لدى د. أحمد فتحي سرور ،الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥٢٦

[٥] د. محمد علي سالم الحلبي ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ،ج٢ ،المرجع السابق ، ص ٤٢٠

تكون محلا للتاويل او لتضارب الاحكام ،[١] ويحول بنفس الوقت دون اساءة استعمال القضاة لسلطتهم التقديرية في هذا المجال ،[٢] لانه لا يوجد مجال للاختلاف بالرأي حول نصيب الاجراء من الصحة او البطلان ، وسيكفل كل ذلك احتراما لمبدا الشرعية .[٣]

وبالرغم من المزايا التي جاء بها هذا المذهب فانه لم يخل من الانتقادات والعيوب التي وجهت • ومن أهمها ، أنه ضيق من احوال البطلان عندما حصره في قائمة محددة ، اذ يصعب على المشرع أن يتنبأ مسبقا بجميع حالات البطلان التي يمكن ان تلحق باجراءات الدعوى ،[٤] وبالمقابل ، قد لا تعبر جميع حالات البطلان التي نص عليها المشرع بالضرورة عن الاخلال بقاعدة جوهرية يقضي المنطق والمصلحة العامة تقرير البطلان عند مخالفتها ، حيث تكشف التطبيقات القضائية عن وجود حالات لم ينص المشرع على بطلانها وتكون جديرة بتقرير مثل هذا الجزاء ، وقد يكفي في أحيان أخرى اعمال جزاء أقل من البطلان .[٥]

وقيل أخيرا في نقد هذا المذهب ، ان المشرع الذي يتبناه لن يكون بمقدوره تغطية بعض المخالفات الاجرائية الجسيمة التي تصيب ضمانات احترام الشرعية الاجرائية [٢]

وبالنتيجة فانه من الصعب الاخذ بهذا المذهب بشكل منفرد ، لان أي مشرع لا يستطيع ان يحصر جميع الاجراءات المطلوبة ضمن قواعد قانونية لا يأتيها التعديل او التبديل • ويترتب على هذه النتيجة ان المشرع لا يستطيع كذلك ان يحدد سلفا الجزاء المترتب على كل اجراء• فكل قانون يبقى على ماهو عليه حتى يتدخل المشرع لتعديله ، واي قانون مهما بدا كاملا فانه يحتاج الى توضيح وتفسير لما اشكل من احكامه •[٦] من هنا ظهرت الحاجة الى الاستعانة بمذهب البطلان الذاتي وما يتمتع به من مرونة وتطور •

وقد اخذ بمذهب البطلان القانوني المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات المعدل بالقانون الصادر سنة ١٩٩٣ كما اخذ به المشرع الايطالي •

---

[١] د. هلالي عبد اللاه ، الاثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥٣١

[٢] د. مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٨ د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءت الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٣٣٩

V.R .MEREL ET VITUE ,PROCEDURE ,PENALE لدى د. سليمان عبد المنعم ، مرجع سابق ،ص٤٧ ,OP.CIT N٤٧٦

[٣] فاروق الكيلاني ،المرجع السابق ، ص٧٨

[٤] د. هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٣٢

[٥] محمد كامل ابراهيم ،المرجع السابق ،ص٣٢

[٦] PESCATORE (PIERRE) : INTRODUCTION A, LA SCIENCE DU DROIT , PARIS ١٩٦٠, ٣٠٠ Pمشار اليه لدى د• هلالي عبد اللاه ،المرجع السابق ، ص ٦٨٨

ثانيا : مذهب البطلان الذاتي

ويطلق عليه مذهب البطلان الجوهري .[١] ومقتضاه ، انه لا يشترط لتقرير البطلان النص عليه صراحة – كما في البطلان القانوني – بل يكفي لذلك مجرد عدم مراعاة الاعمال والاشكال الجوهرية. فوفقا لهذا المذهب فان بطلان أي اجراء من اجراءات الدعوى لا يتوقف على وجود نص قانوني يقرره ، بل يترك للقاضي سلطة واسعة في تحديد حالات البطلان استنادا الى جسامة المخالفة للقاعدة الاجرائية [٢].فهو الذي يملك التمييز بين القاعدة الجوهرية عن غيرها من القواعد غير الجوهرية ، حيث يرتب البطلان على مخالفة القاعدة الاولى دون القواعد الاجرائية الاخرى[٣].

اذا ، يترك للقاضي – وفقا لمفهوم هذا المذهب – امر تقييم العمل الاجرائي واستخلاص غرض المشرع من وراء تقريره . فاذا وجد ان الغاية من الإجراء هي التوجيه والارشاد او مراعاة اوضاع معينة بعيدة عن صحة العمل الاجرائي ولا تحقق ضمانات معينة للصالح العام او مصلحة الخصوم ، فانه لا يرتب البطلان في مثل هذه الحالات . اما اذا وجد ان الغرض من الإجراء المحافظة على المصلحة العامة او مصلحة الخصوم فانه يقرر البطلان دون ان يتقيد بنصوص جامدة تحدد حالاته [٤]

وتجدر الاشارة ان الفقه والقضاء الفرنسيان قاما بابتداع هذا المذهب والمناداة به لمواجهة حالات يستدعي الامر تقرير بطلانها وان لم ينص المشرع على وجود مثل هذا الجزاء ، سيما وان المشرع الفرنسي لم يكن ينص في قانون تحقيق الجنايات الا على عدد محدود من حالات البطـــلان .[٥] حيث تبين لهم ان مذهب البطلان القانوني لا يوفر الحماية الكافية للقواعد الاساسية في قوانين الاجراءات الجزائية ، فتنادوا الى الاخذ بمذهب البطلان الذاتي الذي بموجبه يبطل كل اجراء مخالف لقاعدة جوهرية ولو لم يرد بشأنها نص علىالبطلان . [٦]

---

[١] د. محمد الحلبي ، المرجع السابق ، ص ٤٢١

[٢] د . ادوار غالي الذهبي ،الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ،المرجع السابق ،ص٦٢٧

[٣] د . نائل عبد الرحمن ،محاضرات في اصول المحاكمات الجزائية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،عمان، ص ٣٠٩
فاروق الكيلاني ،محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية ،ج١ ص٧٩

[٤] مدحت الحسيني ،البطلان في المواد الجنائية ،المرجع السابق ،ص١٩

[٥] د. لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ ، د . عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٣

[٦] د. محمود محمود مصطفى ،المرجع السابق ، ص ٣٦

ويلقى هذا المذهب سنده المباشر في القياس ؛عندما يقوم القاضي بمضاهاة اجراء لم ينص المشرع على بطلانه باخر احاطه المشرع بهذا الجزاء ٠اما سنده غير المباشر فيتمثل في فكرة العدالة[١].

وخلاصة القول ان مناط هذا المذهب ، هو طبيعة الإجراء ، فان كان جوهريا كانت مخالفته موجبة للبطلان ، وبخلاف ذلك يبقى الاجراء صحيحا ومنتجا لاثاره القانونية ٠

ثالثا :مذهب البطلان الشكلي

مؤدى مذهب البطلان الشكلي او المطلق ، اعتبار كل مخالفة لاي قاعدة اجرائية ترتب البطلان ، لا فرق في ذلك بين قاعدة جوهرية او غير جوهرية ، فجميع قواعد الاجراءات الجزائية متساوية من حيث الاهمية ٠ فاذا تطلب القانون اتخاذ اجراء معين فذلك يعني ان المشرع قد وضع له اهمية خاصة ، فان خولف تقرر بطلانه ٠[٢]

اذا ، وفقا لهذا المذهب فلا توجد حاجة لان يبقي المشرع على حالات البطلان ما دام ان مخالفة أي قاعدة اجرائية يترتب عليها مثل هذا الجزاء ، وينحصر دور القاضي بتقرير البطلان اذا ثبت لديه ان قاعدة اجرائية قد خولفت دون النظر الى اهميتها او دون الحاجة الى تمييز القاعدة الجوهرية عن غيرها من القواعد الاخرى٠ [٣]

ويعد هذا المذهب من اقدم مذاهب البطلان والذي طبق في ظل القانون الروماني وعصور الاقطاع ، وربما اصبح له مجرد قيمة تاريخية[٤].

ومن اهم ميزات هذا المذهب ، البساطة والوضوح وسهولة التطبيق وحمايته للصالح العام ، فهو يكفل احتراما كاملا لجميع قواعد الاجراءات الجزائية دونما استثناء ، فمعيار البطلان وفقا لهذا المذهب يتمثل في مخالفة أي قاعدة شكلية ، مما يجعل القاضي وجميع اشخاص الدعوى على بينة من امرالاجراء المتخذ ، فاي مخالفة تلزم القاضي بان يقرر حيالها البطلان ، وليس لديه أي سلطة تقديرية في هذا الشان ٠[٥]

لا شك ان هجر هذا المذهب من قبل التشريعات المختلفة يدل بشكل واضح على عدم صلاحيته في معالجة المشاكل التي تنجم عن البطلان ، وتوسيعه من نطاقه على نحو افقده

---

[١] د ٠ هلالي عبد الاه ،الاثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ص٨٩

[٢] د٠ سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٥١

R - Garraud , Traite theorigue et pratique d,instruction criminelle et de porocedure penale, ١٩٠٧ t ١١١ p٤٢٢ مشار اليه لدى د٠ فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ،ص٣١

[٤] د ٠ محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق، ص ٣٦

[٥] Merle et vitue , op٠cit . p٤٤٧ مشار اليه لدىد٠ فوزيةعبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية ،دار النهضة الععربية ،١٩٨٦ ،ص٣١ ،د٠ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق،ص ٣٣٨

فاعليته وعرقل دور القضاء والنيابة العامة في السير بالدعوى على اكمل وجه ، وافسح المجال امام المتهم بان يتلمس في بطلان أي اجراء سبيلا الى الفرار من العقاب.

ومن التشريعات التي تولي أهمية خاصة للشكل المطلوب في الاجراء ، التشريع الايطالي الذي نص على بطلان الاجراءات لعدم مراعاتها للاشكال القانونية . فالمادة ١٧٧ من القانون لسنة ١٩٨٩ - وهي تطابق المادة ١٨٤ من القانون الصادر سنة ١٩٣٠- تنص على مايلي "عدم مراعاة الاشكال المنصوص عليها للاعمال الاجرائية يعد سببا للبطلان في الحالات التي ينص عليها القانون " [١]

رابعا : مذهب لابطلان بغير ضرر

وفقا لهذا المذهب فان القاضي لا يحكم بالبطلان الا اذا ترتب ضرر على العيب الذي شاب الإجراء ، سواء نص المشرع على البطلان ام لم ينص عليه. ويأتي هذ المذهب في درجة وسطى بين المذاهب التي تعطي القاضي سلطة واسعة في تقرير البطلان ، وبين تلك التي لا تكتفي بمجرد النص على البطلان وانما تتطلب توافر الضرر في جميع الحالات . [٢]

وقد ثار الخلاف حول المقصود من الضرر ، فهل هو الضرر الواجب توافره لانعقاد المسؤلية التقصيرية ؟

قال البعض ان الضرر يتحدد بمدى تعلقه بحقوق الدفاع ، وقال اخرون ان الضرر يتحقق بمجرد مساسه بمصالح الخصوم ولو لم يصل الى حد المساس بحقوق الدفاع ، وقيل ايضا ، بان الضرر هو تخلف الغاية من الشكل. [٣]

ويأخذ بهذا المذهب اغلب قوانين الاجراءات المدنية . فالمادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية تنص على مايلي "يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون على بطلانه او

---

[١] كما تنص المادة ١٨٥ من نفس القانون على ما يلي "يترتب البطلان عن عدم احترام النصوص القانونية المتعلقة ١- بتعين القضاة والشروط الاخرى الخاصة بأهلية القضاء التي ينص عليها قانون السلطة القضائية ، وعدد القضاة الضروري بتكوين هيئة المحكمة ٢- تحريك النيابة العامة للدعوى الجنائية ومساهمتها في المحاكمة ٣- حضور المتهم ومساعدته وتمثيله في الحالات وبالاشكال التي ينص عليها القانون " انظر د. محمد ابراهيم زيد ، المرجع السابق ، ص ٣٨٣

[٢] يرى الدكتور كامل السعيد في معرض شرحه للمادة ٢٧٤/ب من الاصول الجزائية أن المشرع الاردني أخذ بهذا المذهب .والواقع أن مشرعنا لم يشترط توافر الضرر لتقرير البطلان حتى لو كان متعلقا بمصالح الخصوم . انظر مؤلفه شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ٣٢١

[٣] لمزيد من التفصيل انظر د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٢١

شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم • ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا لم يترتب عليه ضرر للخصم "[١]

وقد أخذ على هذا المذهب انه بني على اساس خاطئ ، فمجرد مخالفة القاعدة القانونية يترتب عليه ضرر يتمثل باهدار المصلحة المراد تحقيقها من هذه القاعدة ، وتزول بتحقق المخالفة للضمانات المقررة عليها • وهو يتصور امكان حدوث المخالفة دون تحقق الضرر كما ان عملية اثبات الضرر ليست من الامور السهلة ، ويترتب على ذلك انحسار نطاق المذهب في اضيق الحدود والحد من فاعليته على نحو كبير • ويعطي هذا المذهب بلا شك سلطة واسعة للقاضي في تقدير الضرر من عدمه • [٢]

اضافة الى ماسبق فان الاخذ بهذ المذهب ينطوي على تخل من المشرع عن وظيفته في تحديد حالات البطلان ، وعلى ذلك فان يتعين التفريق بين حالات البطلان وحالات تصحيحه فتحديد الحالات من واجب المشرع اما التصحيح فيترك امره الى القاضي • وبعبارة اخرى فاذا كان من الممكن الاخذ بهذا المذهب في مجال تصحيح البطلان فانه من المتعذر الاخذ به في تحديد حالاته •

ويمكن ان نضيف الى المآخذ التي توجه الى هذا المذهب ، انه اذا كان بالامكان اعماله في نطاق قوانين الإجراءات المدنية ، فانه من المتعذر تطبيقه في نطاق الدعوى العامة والاجراءات الجزائية بوجه عام •

المطلب الثاني
تقدير مذاهب البطلان

اتضح لنا مما سبق ومن خلال استعراض مذاهب البطلان المختلفة ، ان مذهب البطلان الشكلي من اقدم هذه المذاهب ، وانه بالرغم من البساطة والوضوح التي يمتاز بها ، الا انه من الصعب تطبيقه بشكل كامل ، لانه يرتب البطلان على مخالفة كل قاعدة اجرائية بغض النظر عن اهميتها وفيما اذا كانت قاعدة جوهرية ام ارشادية ، وهذا بالطبع سيؤدي الى اعاقة دور السلطة القضائية في ارساء العدالة والسير بالدعوى دون مماطلة او تسويف من أي جهة كانت • وباندثار مذهب البطلان الشكلي تلجأ أغلب التشريعات الى الاخذ بمذهبي البطلان القانوني و البطلان الذاتي •

والواقع ان قلة من الانظمة القانونية التي تأخذ بواحد من هذه المذاهب بشكل منفرد • فالمشرع الذي ياخذ بمذهب البطلان القانوني لا يستطيع ان ينص على جميع الحالات التي

---

[١] انظر المادة ٣٥ من قانون المرافعات المصري والمادة ١١٧٣ من قانون المرافعات المصري

[٢] د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠

يترتب على مخالفتها البطلان ، فهو وان اراد ذلك فليس في مقدوره ان يتنبأ بجميع الحالات التي يترتب على مخالفتها البطلان . من هنا برزت الحاجة للاخذ بمذهب يضع ضابطا عاما يسير عليه القاضي عند تقريره بطلان أحد الاجراءات ، فكان ان ابتدع الفقه مذهب البطلان الذاتي الذي حاول تلافي العيوب التي وجهت الى مذهب البطلان القانوني .ولكن السؤال المطروح هو الى أي مدى يمكن الاخذ بهذا المذهب ؟ وهل تمكن بمفرده من حل جميع الاشكالات المتعلقة بالبطلان ؟

سبق القول ان هذ المذهب يمتاز بالواقعية والمرونة ، وتتمثل مرونته بان قياس الجزاء الاجرائي يكون على قدر اهمية القاعدة الاجرائية وجسامة المخالفة المرتكبة ، وهي الامور التي تترك لسلطة القاضي التقديرية ، مستعينا باحكام الفقه والقضاء في هذا المجال[١]. كما يتسم هذا المذهب بالوسطية ، فهو يحصر حالات البطلان -من الناحية العملية -في اطار مقبول ، ويوفر الحماية الكافية لقواعد الاجراءات على نحو أفضل من المذهب السابق .[٢] ومن ميزاته ايضا أنه يؤدي الى زيادة فاعلية اجراءات الدعوى على نحو يمكن معه تفادي تعطيل سير الدعوى وافلات الجناة من العقاب متى تبين أن المخالفة ليست مترتبة على قاعدة اجرائية جوهرية .[٣]

وبالرغم من كل الايجابيات والمزايا التي يتمتع بها هذا المذهب من مرونة ووسطية وواقعية فانه لم يخل من الانتقادات ، ومن أبرزها أنه حل المشاكل الناتجة عن المذهب السابق بمشكلة جديدة تتمثل في صعوبة التمييز بين الإجراء الجوهري وغير الجوهري . فاحاطه التعقيد وعدم الوضوح [٤]لان تطبيقه يفترض القدرة على التمييز بين هذين الاجراءين ليتسنى للقاضي تقرير البطلان عند مخالفة الإجراء الجوهري ، وهو أمر غير يسير ويؤدي الى نشوء الخلاف بين القضاة في تقدير المخالفات الجسيمة من غير الجسيمة ، فكثيرا ما تختلف الاراء حول طبيعة الإجراء الواحد ، فما يراه البعض جوهريا قد يراه الاخرون خلاف ذلك ، وفي هذه المشكلة تكمن عيوب هذا المذهب فقد يجنح القضاء الى تبني معيار معين يؤدي الى الاسراف في حالات البطلان أو يقيد منها ، وفي الحالتين لا يعبر تعبيرا حقيقيا عن ارادة

---

[١] د . سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراء الجزائي ، المرجع السابق ،ص٤٩

[٢] د.جلال ثروت ،نظم الاجراءات الجنائة ،المرجع السابق ، ص ٥٦٤ د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٣٢

[٣] د. عبد الحكم فوده ، البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٠٧

[٤] د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ٥٣٧

المشرع ، فضلا عن أنه يؤدي الى تضارب الاراء وعدم الاستقرار في النظر الى المسألة الواحدة . [١]

ويرى بعض الفقهاء – بحق – ان النقد السابق لهذا المذهب لا يعتبر أمرا معيبا ، بل يعد من محاسنه ، فالخلاف في الراي للوصول الى الحل العادل امر من طبيعة التشريع الجزائي بوصفه علما انسانيا خاضعا لسنة الحركة والتطور [٢]. فالخلاف القانوني سيبقى ما بقي الفكر القانوني ، وان حصر حالات البطلان لن يحل المشكلة ،او يحول دون الاختلاف حول تفسير القانون [٣].فمن الطبيعي ان يؤدي تباين الاراء الفقهية واختلاف الاجتهادات القضائية في اطار التفرقة بين القواعد الجوهرية وغير الجوهرية الى تأصيل هذه القواعد وسيبقي على نظرية البطلان مرنة متطورة تستوعب كل جديد من الاجراءات وتحدد الجزاء المترتب عليه، ليس الى ما يقرره المشرع في هذا الشأن ، بل اعتمادا على الاراء الفقهية والاجتهادات القضائية التي تعمل ضمن معايير وضوابط موضوعية عامة تقرر البطلان دونما افراط او تفريط .

وتجدر الاشارة الى ان جانبا من الفقه يرى ان اساس مذهبي البطلان (القانوني والذاتي) واحد . فالمشرع عندما يتخذ من البطلان القانوني مذهبا له فانه لا يقرر البطلان جزافا وانما يضع ضابطا في ذلك ، الا ان تطبيق هذا الضابط يتم عن طريق المشرع في حالة البطلان القانوني ، وعن طريق القاضي في حالة البطلان الذاتي . وعلى الرغم من اهمية هذا الرأي في التقريب بين مذاهب البطلان ، ووجاهته في النظر الى اساس البطلان ، الا انه لن يساعد على ازالة الفوارق بين مذاهبه بهذه البساطة ، فالخلاف لا يقتصر نطاقه على تحديد الجهة التي تتولى تطبيق البطلان ، وانما يمتد الى البحث عن المعيار الذي يمكن ان يطبقه القاضي في حال البطلان الذاتي ، وكيف يمكن الاستدلال على المعيار الذي يأخذ به المشرع عند تحديده لحالات البطلان ؟ حيث تزداد صعوبة المهمة عندما يكثر المشرع من هذه الحالات بنصوص معدلة لاجراءات يتفق الفقه والقضاء في المرحلة السابقة للتعديل على ان مخالفتها لا ترتب البطلان .

والواقع ان غالبية التشريعات الحديثة لا تاخذ بمذهب من المذاهب السابقة بمفرده ، وان افضل الاتجاهات هو الذي يجمع بين مذهبي البطلان القانوني والبطلان الذاتي ، بحيث ينص المشرع على الاجراءات التي يرى انها جوهرية ويترتب على مخالفتها البطلان ،اما ليحسم خلافا بشأن البطلان المترتب على مخالفتها، حتى يكون القاضي وأطراف الدعوى على بينة

---

[١] د. أحمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١١٨

[٢] د . عبد الوهاب حومد ،اصول المحاكمات الجزائية نظريا وعمليا ، دمشق ، ب.ط ،ص٧٧٠

[٣] احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ص٥٣٧

من أمرهم ، واما لانه يريد ان يرتقي بهذه القواعد من مصاف القواعد الارشادية الى مرتبة القواعد التنظيمية ..

ومن جهة اخرى ، فقد ذهب بعض التشريعات الى استبعاد بعض الاجراءات من نطاق البطلان ، وبين بنصوص صريحة أن هذه المخالفة لا يرتب عليها البطلان ، وذلك في الحالات التي يخشى المشرع ان يطبق فيها القضاء مذهب البطلان الذاتي ، ولكي يحسم الامر ولا يترك المشرع للقاضي أي سلطة تقديرية في هذا الشأن . ومن الامثلة على هذه التشريعات ؛ ماجاء في المادة ١٦٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري والتي تنص على ما يلي " لا يترتب على القضاء بعدم الاختصاص بطلان اجراءات التحقيق "[(١)] وقد اورد المشرع المصري هذا الحكم بصورة أوضح في المادة ٣٤ مكررة من نفس القانون- والتي تم اضافتها بموجب القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٨ والمتعلق بتعديل بعض احكام قانون الاجراءات الجنائية والعقوبات – والتي تنص عل ما يلي " على ماموري الضبط القضائي ومرؤوسيهم ورجال السلطة العامة ان يبرزوا ما يثبت شحصياتهم وصفاتهم عند مباشرة أي عمل او اجراء منصوص عليه قانونا **ولا يترتب على مخالفة هذا الواجب بطلان العمل او الإجراء وذلك دون الاخلال بتوقيع الجزاء التأديبي** "[(٢)]

اما المشرع اللبناني فقد أكثر من طائفة الاجراءات الممنوع اعلان بطلانها في القانون القديم ، بينما نجده في القانون الجديد الصادر في ٢٠٠١/٨/٢ قد اتخذ موقفا معاكسا لهذا الموقف ، وشدد على ان مخالفة هذه الاجراءات وغيرها من الاجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع يترتب عليه البطلان.[(٣)]

ولم ينص المشرع الاردني على حالات مشابهة لتلك الحالات الواردة في التشريعات المقارنة . وستكون لنا وقفة مع هذه التشريعات في الفصل القادم .

---

(١) لا يحتاج تطبيق هذه القاعدة الى نص يقررها وربما اراد المشرع المصري التـأكيد على مضمونها د. توفيق الشاوي ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦

(٢) وانظر كذلك المادة ٢٦ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي والتي تقضي بانه اذا اصدرت المحكمة الجنائية حكما في الدعوى المدنية مسببة تأخير في الدعوى الجزائية لا يكون حكمها باطلا ، د. جودة جهاد ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الامارات العربية ، دار النهضة العربية ، ط١، ١٩٩٤ ، ص ٣٣٥

(٣) ساقوم بتفصيل موقف المشرع اللبناني في البحث المخصص له .

المبحث الثاني
حالات البطلان وتقسيماته

لقد اثار موضوع تقسيمات البطلان وتعدد انواعه في القانون المدني جدلا واسعا تراوح بين من يؤمن بوحدة البطلان ومن يرى تعدد انواعه الى ما لا نهاية . فمن قال بالتعدد قسمه الى بطلان وانعدام ، او انعدام وقابلية للابطال ، او بطلان مطق وآخر نسبي . اما اكثر الاراء تطرفا فهي تلك التي ترى ان البطلان يتعدد في طبيعته تعددا غير متناه وذلك باختلاف الغاية التي من اجلها اوجد القانون القاعدة التي يحميها البطلان . [١]

وبداية ، لا بد من القول ان تقسيمات البطلان التي قد تتفق مع فرع معين من فروع القانون ، قد لا تتفق بالضرورة مع فرع آخر ، او مع نوع من القواعد لها طبيعتها الخاصة، لذلك فان تقسيمات البطلان في القانون المدني قد لا تتناسب مع تقسيمات البطلان في القوانين الاجرائية ، وفي نطاق الاعمال الاجرائية قد تختلف التقسيمات الواردة في نطاق القوانين الاجرائية المدنية عن تلك الواردة في مجال القواعد الاجرائية الجزائية .

والواقع ان اختلاف نوع عن آخـــر ولو بوجه واحد من اوجه الاختلاف يستدعي بيانا لهذه التفرقة ، فكثرة اوجه التشابه بين نوعين او اكثر لا يبرر عدم وجود انواع للبطلان . وهكذا نجد ان من التأصيل السليم بيان هذه الانواع ، وتحديد القواعد التي تحكمها على نحو يحقق الفائدة المرجوة ، وخاصةالبطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان النسبي او المتعلق بمصلحة الخصوم .

لقد تنوعت تقسيمات البطلان وحالاته باختلاف الزاوية التي ينظر منها اليه ، فقد يقسم الى بطلان عام وخاص ، فاذا رتب المشرع البطلان على طائفة معينة من الاجراءات تجمعها خصائص مشتركة كان البطلان عاما ، وبخلاف ذلك اذا ترتب البطلان على مخالفة كل قاعدة اجرائية على حدة كان البطلان خاصا .[٢]

وقد يقسم البطلان –بالنظر الى أسبابه –الى بطلان شكلي يترتب على مخالفة الشروط الشكلية الواجب توافرها في العمل الاجرائي ، وآخر موضوعي يترتب على مخالفة الشروط الموضوعية للعمل الاجرائي . كما يقسم البطلان من ناحية التمسك به الى بطلان متعلق بالنظام العام وآخر متعلق بمصلحة الخصوم ، ومن الفقهاء من يفرق بين النوعين الاخيرين

---

[١] د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٣١١ وما بعدها

[٢] د. لوي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥

والبطلان المطلق والنسبي • واذا نظرنا اليه من زاوية الاثار المترتبة عليه فيقسم الى بطلان كلي وآخر جزئي والى بطلان قابل للتصحيح وآخرغير قابل للتصحيح .

والواقع ان هذه التقسيمات المختلفة للبطلان لا تؤثر في معنى البطلان أو مدلوله القانوني بوجه عام ، فاذا تقرر بطلان اجراء ما فانه لا تترتب عليه الاثار القانونية التي كان من الممكن ان تنتج عنه فيما لو صدر صحيحا ، اضافة الى اهمية التفريق بين بعض انواع البطلان وخاصة ذلك التمييز المبني على التفرقة بين البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم •

ونظرا لكثرة هذه التقسيمات ، ولانها ليست على درجة واحدة من الاهمية ، فانه يمكن التطرق الى بعضها في عجالة مع التركيز على اهم هذه التقسيمات وخاصة تلك الباحثة في البطلان المطلق والنسبي والبطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم .(١)

وفيما يتعلق بالطائفة الاولى ، وهي التي قسمت البطلان الى عام وخاص فمن الواضح ان المشرع اذا أراد البطلان العام قرره بنص او نصوص معينة وبصورة اجمالية تشمل انماطا من المخالفات الاجرائية ،واذا أراد الاخذ بالبطـــلان الخاص نص عند كل اجراء بان مخالفته ترتب البطلان .

ومن الامثلة على البطلان العام ماجاء في المادة (٢/٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على مايلي "اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو ولايتها للحكم في الدعوى أو باختصاصها النوعي أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب•" أو ما جاء في المادة ٢٧٤ من نفس القانون من ان التمييز لا يقبل الا للاسباب التالية: اولا مخالفة الاجراءات التي أوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان .(٢)

أما البطلان الخاص الذي يتقرر في نفس النص الوارد بشأن الإجراء فالامثله عليه في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية قبل التعديل – بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة

---

(١) د. حسن المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص٧٣

(٢) حددت المادة ٢٩٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني – الجديد – رقم ٣٢٨ لسنة ٢٠٠١ اسباب التمييز بما يلي " أ – صدور الحكم عن هيئة لم تشكل وفقا لاحكام القانون ب–مخالفة القانون او الخطأ في تفسيره او في تطبيقه ج مخالفة قواعد الاختصاص د– اغفال الاصول المفروضة تحت طائلة الابطال او الاخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة ه–الحكم بفعل جرمي لم يتناوله قرار الاتهام او في حق شخص لم يتهم فيه و– عدم البت في دفع او سبب دفاع او طلب تقدم به احد فرقاء الدعوى او الحكم باكثر مما طلب ز– عدم تعليل الحكم او التناقض بين تعليله وبين الفقرة الحكمية او التناقض في الفقرة الحكمية ذاتها ح– تشويه الوقائع او المضمون للمستندات المبرزة في ملف الدعوى ط– فقدان الاساس القانوني ي– الاحكام القاضية بالاعدام " لمزيد من التفصيل أنظر د.عفيف شمس الدين ، أصول المحاكمات الجزائية، بيروت ،٢٠٠١،ص ٣٨٧ مع الاشارة ان اسباب التمييز كانت تنص عليها المادة ١١٣من قانون التنظيم القضائي اللبناني•

٢٠٠١ – قليلة ، وتتمثل في حالة أو حالتين تتعلقان بانتخاب الترجمان حيث تنص المادة ٢٢٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على ما يلي" ١-اذا كان المتهم او الشهود او احدهم لا يحسنون التكلم بالغة العربية عين رئيس المحكمة ترجمانا لا يقل عمره عن الثامنة عشرة وحلفه اليمين بان يترجم ما بينهم وبين المحكمة بصدق وامانة ٢- اذا لم تراع احكام هذه المادة تكون المعاملة باطلة ."

اما المادة ٢٢٩ من نفس القانون فتنص على ما يلي " لا يسوغ انتخاب الترجمان من الشهود واعضاء المحكمة الناظرة بالدعوى ولو رضي المتهم وممثل النيابة والا كانت المعاملة باطلة "

ومن التقسيمات الواردة بشأن البطلان ، تقسيمه الى كلي وآخر جزئي ، فيكون البطلان كليا اذا شمل الإجراء باكمله وحال دون ترتيبه للاثار القانونية التي من المفترض ان تترتب عليه فيما لو صدر صحيحا ، ويكون الإجراء باطلا بطلانا جزئيا اذا اقتصر على جزء من الإجراء ولم يشمل الاجزاء الاخرى .[1]

وتتوافر هذه الحالة في الاجراءات المركبة دون البسيطة ، فاذا ندبت النيابة العامة أحد رجال الضابطة العدلية لتفتيش منزل المتهم ، فانتقل اليه لاجراء التفتيش ووزع مساعديه في غرفه ، فان التفتيش الذي يجريه بعضهم تحت رقابته يقع صحيحا ، وما يجريه الاخرون بعيدا عن رقابته واشرافه يقع باطلا . وبالرغم من خلو قانون الاجراءات الجنائية على حكم لمثل هذه الحالات ، فان اصحاب هذا الراي يستندون في رايهم الى قانون المرافعات الذي يقضي بانه اذا كان الإجراء باطلا في شق منه فان هذا الشق هو وحده الذي يبطل ، رغم ما اعتور شقه الاخر من بطلان [2].

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الاول : تقسيم بطلان الاجراء الجزائي الى أصلي وتبعي

المطلب الثاني :البطلان الموضوعي والبطلان الشكلي

المطلب الثالث : البطلان المطلق والبطلان النسبي

المطلب الرابع : البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم

---

[1] د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٧ ،محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١١

[2] لقد تم انتقاد هذه الفكرة . فالمثال الذي يذكره اصحاب هذا الراي حول الإجراء المركب ليس في حقيقته الا مجموعة من الاجراءات المستقلة .فالمتهم الذي يضبط في اماكن مختلفة من مترله اكثر من مادة ممنوعة يسال عنها جميعا ويكون كل اجراء من اجراءات الضبط كاف وحده لقيام الجريمة ضده .

المطلب الاول
البطلان الاصلي والتبعي

من حالات البطلان تقسيمه الى بطلان اصلي واخر تبعي • فالبطلان يكون اصليا اذا كان محله اجراء تخلفت فيه عند اتخاذه بعض شروط صحته • ويكون تبعيا اذا كان محله اجراء اخر وصل اليه البطلان رغم استيفائه لكل شروط صحته •وذلك لانه مبني على الإجراء الباطل ومرتبط به ارتباطا لا يقبل الانفصال (١)

والاصل ، ان ينحصر البطلان في الإجراء المعيب وحده ،والاستثناء ان يمتد الى اجراء اخر استنادا الى مبدا استقلالية الإجراءات الجزائية •الا ان هذه الاستقلالية ليست مطلقة دائما• ولما كانت الدعوى تتكون من سلسلة من الاجراءات المتتالية فقد تكون العلاقة بين بعضها البعض مترابطة الى درجة كبيرة ومعتمدة على غيرها من الاجراءات الامر الذي يحتم القول بانتقال البطلان الى الإجراء الاخر الذي يستند الى الإجراء الباطل •

لقد عبر المشرع عن القاعدة السابقة بوضوح في الفقرة الرابعة من المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على ما يلي " لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الاجراءات السابقة له اما الإجراءات اللاحقة به فلا تكون باطلة الا اذا كانت مبنية على الإجراء الباطل "(٢) •

وهكذا بين المشرع ان الاصل في الإجراء اللاحق للاجراء الباطل ان يكون صحيحا وان لا يمتد اليه البطلان الا اذا كان مبنيا على الإجراء الباطل •

اما في التشريع المصري فانه لم ترد مثل هذه القاعدة في قانون الاجراءات الجنائية بصورة مباشرة ، وانما وردت بصورة غير مباشرة عندما نص المشرع في المادة ٣٣٦ على انه " اذا تقرر بطلان أي اجراء فانه يتناول جميع الاثار التي تترتب عليه مباشرة "(٣)

وتستفاد هذه القاعدة بمفهوم المخالفة من نص المادة السابقة ، اما قانون المرافعات المصري فقد نص على هذه القاعدة بشكل واضح ومباشر في المادة ٣/٢٤ حيث جاء فيها انه لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الاجراءات السابقة عليه أو الاجراءات اللاحقة اذا لم تكن مبنية عليه .(٤)

---

(١) د • عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٧٨

(٢) تجدر الاشارة ان هذا النص قد ورد ضمن تعديل قانون اصول المحاكمات الجزائية بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١

(٣) انظر المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية المصري، عدلي خليل ، المرجع السابق ، ٥٤٩

(٤) أنظر من التشريعات العربية المادة ٢٢٨ من قانون الاجراءات الجزائية لدولة الامارات العربية المتحدة

فاذا قام أحد رجال الضابطة العدليه بالقاء القبض على أحد الاشخاص دون أن تتوافرأي حالة من حالات الجرم المشهود او دون أن تتواجد دلائل كافية على اتهامه ، او عدم توافر حالة من الحالات التي تجيز القبض على المشتكى عليه الحاضر[١] أو عدم التزامه بالاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٠٠ من نفس القانون من تنظيم محضر بالواقعة يتضمن اسم الموظف الذي أصدر أمر القبض واسم المشتكى عليه وتاريخ القاء القبض ومكانه وكافة الاجراءات المنصوص عليها في هذه المادة فانه يترتب عندئذ بطلان القبض المخالف للقانون ، فاذا تم ضبط أي مادة ممنوعة ، كالمخدرات ، مع المتهم واعترف بحيازته لها من أجل تعاطيها أو الاتجار بها فانه يتوجب ابطال هذا الاعتراف ، اذا ثبت انه ماكان ليتم الابناء على القبض الباطل ، فاذا بطل القبض بطل الاعتراف المستند اليه .

ولكي ينتقل البطلان الى الإجراء اللاحق يستلزم توافرشرطين : اولهما زمني حيث يشترط ان يكون الإجراء لاحقا للاجراء الباطل فان كان سابقا له انتفى أحد الشرطين وذلك استنادا الى نص الفقرة الرابعة من المادة السابعة المشار اليها سابقا ٠ اما الشرط الثاني فهو ان يكون الإجراء التالي مبنيا على الإجراء الباطل ، ولا يكفي مجرد تعاقب الاجراءين زمنيا ، بل يجب ان يكون بينهما علاقة سببية تؤدي الى القول باستناد الإجراء اللاحق على الإجراء الباطل (السابق)[٢]

لقد انتقد جانب من الفقه وصف البطلان بالاصلي عندما ورد هذا المصطلح في أحد أحكام محكمة النقض المصرية ،[٣] والواقع ان هذا النقد في محله لان المحكمة كانت بصدد التفرقة بين البطلان والانعدام ، اما في مجال البطلان فانه يمكن القول بوجود بطلان أصلي وآخر تبعي على نحو ما تم بيانه وان كانت الاثار القانونية المترتبة على كل منهما واحدة وهي عدم قدرة أي اجراء يلحق به وصف البطلان الاصلي او التبعي من ترتيب اثاره التي كان من

---

[١] حسب منطلبات المادة ٩٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على ما يلي " لاي موظف من موظفي الضابطة العدلية ان يأمر بالقبض على المشتكى عليه الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه في الاحوال التالية :١- في الجنايات ٢- في احوال التلبس بالجنحة ذا كان القانون يعاقب عليها لمدة تزيد على ستة اشهر ٣- اذا كانت الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس وكان المشتكى عليه موضوعا تحت مراقبة الشرطة او لم يكن له محل اقامة ثابت ومعروف في المملكة ٤- في جنح السرقة والغصب والتعدي الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة اوبالعنف والقيادة للفحش وانتهاك حرمة الاداب " وقد بينت المادة ١٠٠ من نفس القانون انه في الاحوال التي يتم فيها القبض على المشتكى عليه وفقا لاحكام المادة ٩٩ يتوجب على موظف الضابطة العدلية وتحت طائلة البطلان القيام باجراءات حددتها هذه المادة .

[٢] سنعود الى هذا الموضوع بشكل أكثر تفصيلا عند الحديث عن آثار الإجراء الجزائي الباطل

[٣] قرار محكمة النقض المصرية ١١ فبراير ١٩٦٣ سبقت الاشارة اليه ، وانظر كذلك د. سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٢٥

المفترض ان تترتب عليه فيما لو صدر صحيحا، الا ان الدقة في الوصف تستدعي مثل هذه التفرقة.

المطلب الثاني
البطلان الموضوعي والبطلان الشكلي

من الفقهاء من يفرق بين البطلان المتعلق بالشكل والبطلان المتعلق بالموضوع .فاذا كان البطلان سببه تخلف احد الشروط اللازمة لنشوء الحق في اتخاذ الإجراء ، من ارادة وسبب ومحل واهلية لمتخذ الإجراء كان البطلان متعلقا بالموضوع[١].اما البطلان المتعلق بالشكل فيترتب عند مخالفة احد الشروط الخارجية التي يتطلب القانون افراغ الإجراء واحاطته بها عند تنفيذه[٢].

وتعتبر جميع القواعد الموضوعية التي يترتب صحة الإجراء عليها جوهرية ، ومخالفتها تؤدي الى البطلان ، فالاجراء يجب ان يقع من شخص له صفة معينة ، أي له اهلية اجرائية وان يتوافر سبب معين لاتخاذ اجراء ، بالاضافة الى ان الإجراء يجب ان ينصب على محل معين ، ويباشر ضمن ظروف معينة .

ان تخلف احد الشروط الموضوعية المطلوبة لصحة الإجراء يترتب عليه عدم قدرة الإجراء على انتاج الاثار القانونية المطلوبة منه .فتخلف احد هذه الشروط يؤثر على الغاية المبتغاة من الإجراء ويترتب عليه البطلان .فالتفتيش الذي يتم دون وجود جريمة سابقة على صدور الاذن يقع باطلا . وكذلك تفتيش المتهم في غير الاحوال المصرح بها قانونا يقع باطلا والاستجواب الذي يقع تحت تاثر الاكراه يكون باطلا.[٣]

ومن القواعد الموضوعية الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ما جاء في المادة (٢٨) من هذا القانون المتعلقة بالجرم المشهود[٤]. ووردت بعض الشروط الموضوعية في نصوص اخرى كما جاء في المادة (٩٩) من نفس القانون ، والتي تجيز لاي موظف من

---

(١) محمد كامل ابراهيم ،احكام الدفع بالبطلان امام القضاء الجنائي ،المرجع السابق ،ص٣٨ ،عدلي خليل ،الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية ،دار الكتب القانونية ،ط١ ،١٩٩٧ ،ص ص ٥٤٢ – ٥٤٤

(٢) د . سامي الحسيني ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢،ص٤٠٥

(٣) د . مامون سلامة ،قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقة واحكام القضاء ،المرجع السابق ،ص٩٨١

(٤) تنص هذه المادة على ما يلي " الجرم المشهود هو الجرم الذي يشاهد حال ارتكابه ،او عند الانتهاء من ارتكابه ، وتلحق به ايضا الجرائم التي يقبض على مرتكبها بناء على صراخ الناس اثر وقوعها او يضبط معهم اشياء او اسلحة او اوراق يستدل منها انهم فاعلو الجرم وذلك في الاربع والعشرين ساعة من وقوع الجرم او اذا وجدت بهم في هذا الوقت آثار او علامات تفيد ذلك"

موظفي الضابطه العدلية ان يامر بالقبض على المدعى عليه الحاضر الذي يواجه دلائل كافية على اتهامه في الاحوال السابقة[١]

وفي شأن عيوب الارادة فقد اختلف الفقهاء في مدى تأثير هذه العيوب على الإجراء المتخذ كوقوع الشهادة تحت تأثير الاكراه او صدور اذن التفتيش تحت تأثير الغلط أو التنازل عن الشكوى او تعديلها تحت تأثير عيب من عيوب الارادة المختلفة .[٢] فمن الفقهاء من يشترط لصحة الإجراء ان يصدر عن ارادة واعية ، وان تخلف مثل هذه الارادة من شأنه ان يبطل الإجراء ٠ وجانب آخر من الفقه يفرق بين عيوب الارادة المختلفة وبين الاكراه المادي ، حيث لا يؤدي الاخير الى نفيها فحسب ، بل الى اعدامها .[٣]

وبالنتيجة فان تخلف احد شروط الإجراء الموضوعية يؤدي الى بطلان الإجراء بطلانا متعلقا بالنظام العام ، لانه متى انعدم أو تغيب أحد مقومات وجود الحق في الإجراء كانت مباشرته متعارضة مع المصلحة العامة والحريات الشخصية على حد سواء .[٤]

اما البطلان الشكلي فيترتب عند مخالفة الإجراء للشكل الذي تطلبه القانون ، واذا تم الحديث عن البطلان فانه ينصرف حسب الاصل الى البطلان المتعلق بالشكل . ونظرا للارتباط الوثيق بين الشكل والاعمال الاجرائية فقد قيل –بحق –ان الاعمال الاجرائية اعمال شكلية ، فاذا كان الاصل هو حرية الارادة في مجال القانون الخاص ، فالامر على خلاف ذلك في مجال القانون الاجرائي بوجه عام وقانون الاجراءات الجزائية بصفة خاصة ، حيث يحدد القانون جميع صورالنشاط الاجرائي ، فالنشاط الاجرائي مقيد في اغلب حالاته بالشكليات التي يحددها القانون ، والعمل الاجرائي يجب ان يصاغ بالشكل القانوني حتى يكون صحيحا ومنتجا لاثاره القانونية ، والا كان عملا باطلا لا قيمة له [٥]

وفي معرض الحديث عن الشكليات يبرز الخلاف حول الاجراءات الجوهرية وغير الجوهرية وتدور نظرية البطلان حول هذا الموضوع .

ومن المعايير التي يمكن ان يهتدى بها في هذا الشأن معيار الغاية او الهدف الذي اراده المشرع من النص على الإجراء ، فاذا كان من شأن مخالفة هذه الشكليات ان تفقد الإجراء

---

[١] انظر المادة ٩٣ من نفس القانون التي حددت حالات دخول المنازل بلا مذكرة حيث جاء فيها "يجوز لاي مامور شرطة او درك ان يدخل الى أي منزل او مكان دون مذكرة وان يقوم بالتحري فيه:١- اذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بان جناية ترتكب في ذلك المكان او انها ارتكبت فيه منذ امد قريب ٢٠ اذا استنجد الساكن في ذلك الكمان بالشرطة او الدرك ٣-٠٠٠ ٤-٠٠٠ "

[٢] سنعود الى تفاصيل هذه العيوب عند الحديث عن اسباب البطلان الموضوعية والشكلية

[٣] محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٣٩

[٤] د. مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٢٧

[٥] MEREL ET VITU , PROCEDURE PENAL ,CUJAS ,PARIS,١٩٧٩,P٣٤٢ د٠ محمد نجم، مرجع سابق،ص٣٧

فاعليته في تحقيق الهدف منه كان الشكل جوهريا ، وبخلاف ذلك تكون القاعدة من قواعد الارشاد والتوجيه • وعلى ذلك فتحليف الشاهد اليمين القانونيـــة قبل الادلاء بشهادته يعتبر شكلا جوهــريا يترتب على مخالفته البطلان ، [١] و توقيع القاضي على محضر المحاكمة والحكم اجراء شكلي وجوهري استلزمه المشرع لكي ينتج المحضر او الحكم آثاره من حيث كونه حجة بالنسبة لما ورد فيه ، اما توقيع الكاتب فهو اجراء شكلي لا يترتب على مخالفته البطلان طالما كان محررا بخط يده، وعدم توقيعه لا يفقد المحضر قيمته القانونية واثبات ما ورد فيه ، والامثلة على هذه الاجراءات الشكلية وما يعد منها جوهريا او غير جوهري كثيرة وسيتم بيانها في مواضع لاحقة عند الحديث عن المعايير التي تحدد العمل الجوهري من غير الجوهري [٢]

المطلب الثالث
البطلان المطلق والبطلان النسبي

سبق القول ان تقسيمات البطلان تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها اليه . فاذا كان الموضوع هو امكانية تصحيح الإجراء كنا امام بطلان مطلق وآخر نسبي ، ولعل هذا التقسيم بالاضافة الى تقسيم البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم هما من اهم التقسيمات الواردة بشأن البطلان ، مع ان جانبا من الفقه لا يفرق بينهما ويعتبر البطلان المطلق رديفا للبطلان المتعلق بالنظام العام وان البطلان النسبي هو نفسه البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم • [٣]

والواقع ان نظرة فاحصة لهذه التقسيمات ستظهر لنا مدى التباين بينهما فضلا عن ان التأصيل السليم يقتضي بيان ماهية كل حالة واظهار اوجه الاتفاق والاختلاف فيما بينها •

---

(١) د.عدلي خليل ، المرجع السابق ، ص ٥٣٤

(٢) انظر على سبيل المثال المواد ٣٤ ،٨٣ ،١٣٥ ،٩٥ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، وخاصة في ضوء التعديل الذي اضاف ضمانات وشروطا يترتب على مخالفتها البطلان . وتنص المادة ٩٥ على ما يلي " يجب على الشخص الذي يقوم بالتحري سواء بمذكرة تحر او بدونها ان ينظم كشفا بجميع الاشياء التي ضبطها والامتعة التي وجدها فيها وان يوقع على هذا الكشف من حضر معاملة التحري او تبصم ببصماتهم في حال عدم معرفتهم الكتابة "

(٣) د. مأمون سلامه ، قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه واحكام القضاء ، المرجع السابق ، ص ٩٨٦ ،د. رمسيس بهنام ،الاجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، المرجع السابق ، ص٧٤ ، محمد كامل ابراهيم ،احكام الدفع بالبطلان امام القضاء الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٤٧ ، د. لوي حدادين ، نظرية البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، المرجع السابق ، ص٣١٢ ، د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٣٥

وعودا الى أصل التفرقة بين البطلان المطلق و النسبي نجد انها تعود الىالنظرية التقليدية في القانون المدني التي قسمت البطلان الى درجات ثلاث : الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي ، ثم انتهت الى تقسيم ثنائي ، بطلان نسبي وآخر مطلق ينطوي تحته الانعدام [١] فالبطلان المطلق وفق مفهوم النظرية التقليدية في القانون المدني ؛ وصف للتصرف القانوني الذي فقد ركنا من اركانه المختلفة كالرضاء والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية .[٢] ولا يقتصر البطلان المطلق على تخلف ركن من اركان التصرف القانوني ، بل يتحقق اذا لم يتوافر في المحل او السبب وصف المشروعية ، وبصفة عامة الشروط التي يتطلبها القانون في كل منهما ، اما البطلان النسبي فيتحقق عند تخلف شرط من شروط صحة التصرف كنقصان الاهلية او توافر احد عيوب الارادة كالغلط او التدليس او الاكراه .[٣]

وللتفريق بين البطلان المطلق والنسبي ظهرت عدة معايير منها التفرقة بين تخلف ركن او عدم كفاية ركن او عنصر من عناصر التصرف ، بحيث يكون البطلان مطلقا في حال تخلف عنصر او ركن من اركان التصرف ، اما اذا كان العيب ناتجا عن عدم كفاية ذلك الركن او العنصر فانه ينتج عنه بطلان نسبي . وقيل في نقد هذا المعيار ان هذه التفرقة متعذرة قانونا لان كل منهما يفيد عدم توافر شرط يتطلبه القانون .

ويرى جانب آخر من الفقه انه يمكن الاعتماد على الغاية من القاعدة القانونية والمصالح التي تحميها ، فاذا كانت الغاية من القاعدة القانونية حماية المصالح العامة غدت مخالفتها مؤدية الى البطلان المطلق ، اما اذا كانت الغاية هي حماية للمصالح الخاصة ترتب على مخالفتها البطلان النسبي .[٤]

هذا فيما يتعلق بموقف الفقه التقليدي من حالات البطلان ، اما الفقه الحديث فانه يتجه نحوالمناداة بوحدة البطلان وازالة الفوارق بين انواعه المختلفة ، ويدلل اصحاب هذا الرأي على فكرتهم بالقول بان نوعي البطلان يتحدان في الاثر، فكل منهما يترتب عليه هدم التصرف من يوم نشوئه وزوال كل آثاره ، فاذا كان القصد بعد ذلك من النسبية هو تحديد من يتمسك بالبطلان فلا يبقى معنى للقول بان البطلان نسبي وبذات الوقت مطلق الاثر في اعدام

---

(١) د. عبد الحميد الشواربي ، البطلان الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ، د. عبد الحكم فودة ، المرجع السابق، ص ١١٣

(٢) د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٤٠

(٣) د. جميل الشرقاوي ،المرجع السابق ، ص٣١٩

(٤) لمزيد من التفاصيل حول هذه المعاييروبيان مدى نجاحها في التمييز بين نوعي البطلان ينظر د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٢٠ ، د. احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ج ٢ ، ١٩٩٥ ص ٣٩١ حيث يرى ان التفرقة بين البطلان النسبي والبطلان المطلق لا وجود لها في قانون المرافعات الذي يأخذ بتقسيم البطلان الى خاص متعلق بالمصلحة الخاصة وعام متعلق بالنظام العام

اثار التصرف ومع ذلك يبقى نسبيا لمجرد ان التمسك به لواحد دون الاخر ، فتحديد من يتمسك بالبطلان بانه واحد او اكثر لا اثر له على وحدة البطلان التي تظهر في وحدة اثاره (١)

بعد الاستعراض السابق لمفهوم البطلان المطلق والنسبي في القانون المدني(٢) يمكن القول بان هذه التفرقة قد انتقلت من القانون الموضوعي الى القوانين الاجرائية المختلفة ٠ وتتلخص اوجه الاختلاف بين النوعين في الامور التالية :

١- الاجراء الجزائي الباطل بطلانا مطلقا يوجب على المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ودون حاجة الى طلب الخصوم ، ويخول لكل ذي مصلحة ان يتمسك به ولم لم تكن له مصلحة مباشرة للمطالبة به ، اما البطلان النسبي فلا يجوز للقاضي ان يقرره من تلقاء نفسه، بل يجب ان يطالب به صاحب المصلحة المباشرة فيه٠ (٣)

٢- الإجراء الجزائي الباطل بطلانا مطلقا يتقرر بقوة القانون فلا حاجة لصدور حكم بتقريره ، وذلك بخلاف الاجراء الجزائي الباطل بطلانا نسبيا حيث يبقى منتجا لاثاره القانونية مالم يقرر القاضي بطلانه ٠(٤)

٣- يجوز التمسك بالبطلان المطلق في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحتى لو كانت امام محكمة التمييز ، اما البطلان النسبي فلا تجوز اثارته لاول مرة امام محكمة التمييز لانها محكمة قانون ويشترط بالدفع الذي يثار امامها ان تسبق اثارته امام محكمة الموضوع ،ويستوي في ذلك مع الحالات التي تنظر فيها محكمة التمييز الطعن المرفوع اليها موضوعا كما في الاحكام الصادرة عن محكمة امن الدولة ومحكمة الجنايات الكبرى ٠

---

(١) انظر د٠ جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠ ،د٠ حامد سلطان ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣، ص ص ١٦٥- ١٦٦ حيث يرى انه بتدقيق النظر في هذا التقسيم فانه يختفي البطلان النسبي وتبقى حالتي البطلان المطلق والصحة ٠ ذلك ان التصرف القانوني الباطل بطلانا نسبيا ياخذ حكم التصرف الصحيح ويترتب عليه كافة اثاره القانونية فاذا تقرر البطلان زالت جميع اثاره واصبح هو والباطل بطلانا مطلقا سواء ٠ ويضيف انه وان كان هذا التقسيم يتفق مع المنطق القانوني الا انه لا يتفق مع الصياغة الفنية التي تتطلب التفرقة بين نوعي البطلان النسبي والمطلق ٠

(٢) وقد فرق مشرعنا في القانون المدني بين انواع ثلاثة من العقود هي : العقد الصحيح وهو ما كان مشروعا باصله ووصفه وله غرض قائم وصحيح ومشروع واوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له ، والعقد الفاسد ماكان مشروعا بأصله لا بوصفه فاذا زال سبب فساده صح ، اما العقد الباطل فهو ما ليس مشروعا باصله ووصفه بان اختل ركنه او محله او الغرض منه او الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه اي اثر ولا ترد عليه الاجازة ٠ اما المشرع المصري فقد اخذ بالتفرقة بين البطلان النسبي والمطلق ولكن بالفاظ اخرى حيث اخذ بمصطلح البطلان والقابلية للبطلان ، فقصد البطلان المطلق عنما ذكر البطلان واطلق لفظ القابل للابطال على البطلان النسبي٠

(٣) د٠ توفيق الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٤٤٠

(٤) د٠ حسن المرصفاوي ،اصول الاجراءا ت الجنائية ، المرجع السابق، ص ٨٠٠

٤- من خصائص البطلان المطلق انه لا يقبل التصحيح سواء بالتنازل او بقوة الامر المقضي ولا تلحق به الاجازة ، ولا يجوز التنازل عن التمسك به صراحة او ضمنا .

اما البطلان النسبي فيجوز تصحيحه دائما اما بالتنازل عن التمسك به صراحة او ضمنا او اذا كان الحكم قوة الامر المقضي . فانه بعد ذلك يصبح هو الحكم الصحيح سواء ينتج كافة الاثار التي ترتب الحكم كما ولو لم تشبه أي شائبة. (١)

والواقع ان التفرقة بين البطلان المطلق والنسبي والنتائج المترتبة عليهما لم تلق قبولا مطلقا لدى فقهاء القوانين الاجرائية . فبينما اقر بهذه التفرقة بعض الفقهاء (٢)رفضها بعضهم الاخر (٣).على سند من القول ان البطلان الاجرائي لا يتقرر بقوة القانون ، وانما يبقى منتجا لاثاره القانونية ما لم يقرر القاضي بطلانه . كما ان الحكم الباطل يقبل التصحيح دائما بقوة الامر المقضي سواء كان نسبيا ام مطلقا . فمتى اصبح الحكم نهائيا كان عنوانا للحقيقة ولا يجوز مراجعته والتمسك ببطلانه.

وباستعراض الاراء الفقهية المختلفة نجد ان جانبا كبيرا من الفقهاء لا يرى فرقا بين البطلان المطلق والبطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان النسبي ،بحيث يغدو الثاني مصطلحا مرادفا للاول ، وكذلك الامر فيما يتعلق بالبطلان النسبي والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فكلاهما مصطلح مرادف للاخر . واذا كان الافتراض الثاني صحيحا فان الافتراض الاول غير صحيح ، فلا تطابق بين البطلان المطلق والبطلان المتعلق بالنظام العام ، فوجود اوجه للتشابه بينهما لا ينفي وجود اوجه للاختلاف ، الامر الذي يتطلب التمييز بين البطلان المطلق والبطلان المتعلق بالنظام العام . سيما وان الدراسة التاصيلية للبطلان تقتضي بيان انواعه وحالاته والفرق بينها والاثار المترتبة عليها،وهل من الافضل الاخذ بهذه الانواع ام الاتجاه نحوالاراء التي ترى في البطلان نوعا واحدا .

اذا فالبطلان المطلق ليس مصطلحا مرادفا للبطلان المتعلق بالنظام العام وقد اقر بذلك من قالوا باتخاذ النظام العام معيارا لتحديد البطلان المطلق (٤).

ومن اوجه الاختلاف بين البطلان المتعلق بالنظام العام والمطلق ، أن الاخير يتقرر بقوة القانون ، بينما الاول لا بد أن يقرر القاضي اعلان وقوعه ، واذا كان المطلق لا يقبل التصحيح فان البطلان المتعلق بالنظام العام يقبل ذلك في احوال معينة .

اما اوجه التلاقي بينهما فهي :

---

(١) د . فوزية عبد الستار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني ، دار الفقه العربية ، ١٩٧٥ ص٤٩

(٢) د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص١٤٤

(٣) د . فتحي والي ، المرجع السابق ،ص٢٤١ ، د. احمد ابو الوفا ،المرافعات المدنية والتجارية،المرجع السابق ،ص٤٨١

(٤) من اصحاب هذا الراي انظر د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ،ص١٤٤

- البطلان المطلق والبطلان المتعلق بالنظام العام لا يصححهما التنازل.
- لكل ذي مصلحة التمسك بهما وعلى القاضي ان يحكم باي منهما من تلقاء نفسه.
- يجوز التمسك باي منهما في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو اول مرة امام التمييز

ومن الجدير بالذكر انه وان كانت الاعتبارات القانونية التي تحدو الى اعتناق نظرية البطلان المطلق تتعلق بالنظام العام فان العكس ليس صحيحا . فكل بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام الا ان البطلان المتعلق بالنظام لعام ليس دائما مطلقا .

لم يفرق اغلب الفقه المصري بين البطلان المطلق والبطلان المتعلق بالنظام العام واعتبر مدلولهما واحدا لا يتغير ، وسارت على ذلك محكمة النقض المصرية التي لم تفرق بين هذين النوعين من البطلان .

وتجدر الاشارة اخيرا ان الاخذ بنظرية الانعدام لا تغني عن القول بوجود البطلان المطلق ، فهما وان اتفقا في الاثار التي تترتب على كل منهما فانهما يختلفان في طبيعة كل منهما ، فان كان البطلان يرد على عمل مشوب بعيب جسيم فان الانعدام لا يرد على عمل ، لانه والعدم سواء .

وخلاصة القول ان وجود التشابه بين نوعي البطلان يجب ان لايؤدي الى الخلط في التعبير عن البطلان المتعلق بالنظام العام بتعبيرالبطلان المطلق نظرا لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما ، ولا يجوز تسمية الاشياء الا باسمائها .

المطلب الرابع

البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم

يفترض البطلان في كل احواله ان يكون الإجراء المخالف لاحكام القانون اجراء جوهريا فان لم يكن كذلك فلا يترتب عليه البطلان ولو تمت مخالفة الاحكام التي وضعت لتنظيمه. وقد تكون الاحكام التي تتعلق باجراء ما متصلة باسس ومباديء تهم المصلحة العليا للمجتمع ، وقد يكون البعض الاخر متصلا بمصالح خاصة بالخصوم ، وبين هذه وتلك تقع الاجراءات الجزائية الباطلة او القابلة للابطال . والاجراءات الجزائية المختلفة تتفاوت في مدى تعلقها بالنظام العام من عدمه . ولكل من نوعي البطلان خصائصه وسماته التي سنتعرض لها مع بيان المعيار الذي يمكن الاخذ به للتميز بين النوعين[١] .

قلنا ان اهم تقسيمات البطلان هو تقسيمه الى بطلان متعلق بالنظام العام واخر متعلق بمصلحة الخصوم ، حيث يترتب على هذا التقسيم اهمية كبيرة ، ويؤثر في الدعوى الجزائية في مرحلتيها .

---

[١] عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨

وتقتضي دراسة هذا التقسيم بيان اهميته من ناحية ، ووضع معيار للتميز بينهما من ناحية اخرى.

الفرع الاول

اهمية تقسيم البطلان الى بطلان متعلق بالنظام العام واخر متعلق بمصلحة الخصوم

تبدو اهمية التمييز بين هذين النوعين من البطلان فيما يتعلق بالتمسك بالبطلان وعلى النحو التالي :

١- البطلان المتعلق بالنظام العام يجوز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى و يتم تصحيحه ولو لاول مرة امام محكمة التمييز ، وذلك بشرط ان لايتناوله التصحيح اما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز التمسك به امام محكمة التمييز لاول مرة ، بل لا بد من التمسك به بداية امام محكمة الموضوع ،فان لم تستجب لطلب صاحب المصلحة جاز اثارة موضوع البطلان امام محكمة التمييز ، وتبدو الحكمة واضحة من عدم اثارة البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم لاول مرة امام محكمة التمييز ، لان السماح بذلك يغري المتهم او محاميه بالسكوت عن الدفع بالبطلان حتى تصل الدعوى الى محكمة التمييز فيتمسك بالبطلان الامر الذي يؤدي الى تقويض كافة الاجراءات اللاحقة ،ويترتب على ذلك اضاعة وقت القضاء والمماطلة والتسويف على حساب مقتضيات العدالة .

٢- ان البطلان المتعلق بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه صراحة او ضمنا ، فاذا تم التنازل عنه فلا يوجد ما يمنع من العودة للتمسك به مرة اخرى ، وهو بذلك لا يتم تصحيحه بتنازل صاحب المصلحة التي يستهدف الإجراء حمايتها ، لانه وجد لحماية مصلحة المجموع ، وهو بخلاف البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ، قابل للتنازل عنه لمن شرع الإجراء لمصلحته (١)

٣- يجوز لكل خصم في الدعوى التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام ولو لم تكن له مصلحة فيه ، اما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز ان يتمسك به الا من شرع لمصلحته .(٢)

---

(١) د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني ، المرجع السابق ، ص ٤٩

(٢) تضيف بعض التشريعات شرط عدم التسبب بالعيب الذي يلحق الإجراء لجواز الدفع به ، وهو شرط منطقي وضروري اذ لا يعقل ان يسمح لمن تسبب بالعيب ان يطعن به . انظر على سبيل المثال المادة ٢٢٣ من قانون الاجراءات المصري المادة ١/١٨٢ من قانون الاجراءات الايطالي والتي تنص على ما يلي "لا يجوز طلب البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ممن سببها او ساهم فيها او لم تكن له مصلحة في مراعاة القواعد التي لم تتم مراعاتها " انظر د. جوده حسين جهاد ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠

٤- يتعين على المحكمة في حال البطلان المتعلق بالنظام العام ان تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو بغير طلب من الخصوم ، وهذا بخلاف البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فلا يجوز للمحكمة ان تقضي به الا بناء على طلب الخصوم .[١]

والنظام العام فكرة لا تقتصر على فرع من فروع القانون ، ولا تنحصر في قوانين الاجراءات الجزائية ، بل انها فكرة ترتبط بكافة فروع القانون ، وتلعب دورا رئيسيا في النظام القانوني بأسره ، وقد كانت هذه الفكرة عصية – دائما – على التحديد ، و بذل الفقهاء جهودا متواصلة لوضع تعريف جامع مانع لها ، الا ان هذه المحاولات لم تستطع الوصول الى مثل هذا التعريف ، وليس بمقدورها ان تفعل ، لان فكرة النظام العام هي من الافكار المرنة والمتغيرة من مجتمع الى اخر ، بل ان الفكرة الواحدة يمكن ان تعتبر من النظام العام في فترة من الفترات وتغدو غير ذلك في فترة اخرى وفي المجتمع الواحد .

واذا كانت القاعدة المتعلقة بالنظام العام هي تلك القاعدة التي تستهدف حماية المصلحة العامة ، فان المشرع عندما يحمي المصلحة الخاصة يحمي بنفس الوقت المصلحة العامة ، باعتبار ان ما يحقق خير الفرد يحقق خير المجموع ، والعكس صحيح ، فحماية المصلحة العامة يعود بالخير والفائدة على الافراد . بالرغم من ذلك ، فكثيرا ما تتعارض المصلحتان فيأتي المشرع ليحسم الامر ويرجح احداهما على الاخرى . لذلك نجد المشرع ونظرا لغموض فكرة النظام العام واختلاف وجهات النظر حوله يميل الى مساعدة القاضي بالنص على بعض الحالات باعتباها متعلقة بالنظام العام ، تاركا الحالات الاخرى لاجتهاد القضاء [٢]

والواقع ان فكرة النظام العام ضرورية للنظام القانوني ، لانها تعطيه مرونة يتمكن بها من مواكبة تطور المجتمع مع حمايتة للقيم العليا التي تؤمن بها الامة بمجموعها وليست فئة دون اخرى ، وعلى القاضي في هذا المجال ان لا يضع الافكار التي يؤمن بها محل المذهب العام الذي تؤمن به الجماعة بأسرها .

اذا ، يمكن القول ان النظام العام مصطلح يكتنفه الغموض ، وهو يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به ، فمن مظاهر سموه انه يظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه .[٣] الا ان ذلك يجب ان لا يحول دون البحث عن معيار يهتدى من خلاله الى سبيل التفريق بين البطلان المتعلق بالنظام العام من البطلان المتعلق بمصالح الخصوم لان

---

[١] عدلي خليل ،الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥٤٥

[٢] د. مفلح القضاة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠

[٣] د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة ، دار الفكر العربي، ١٩٦٣ ، ص ٣٧١

عدم وضع معيار للاجراء المتعلق بالنظام العام يخشى من توسع القضاء في تطبيق هذه الفكرة دون ضابط او سند قانوني .[١] وعليه سيتم بيان هذه المعايير في الفرع التالي :

الفرع الثاني

المعايير الفقهية في التمييز بين البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم

لم تضع التشريعات الاجرائية المختلفة معيارا يميز بين الإجراء الباطل المتعلق بالنظام العام والاجراء الباطل المتعلق بمصلحة الخصوم ، واكتفت بالنص على حالات معينة اعتبرت ان مخالفتها ترتب البطلان المتعلق بالنظام العام، وفي غير هذه الاجراءات قد يكون البطلان المتصل بها متعلقا بمصلحة الخصوم ،لانه لا ارتباط بين مذاهب البطلان ونظرياته من جانب وبين البطـــلان المتعلق بالنظام العام او المرتبط بمصلحة الخصوم من جانب آخر ،فقد ينص المشرع- في نطاق البطلان القانوني- على بطلان اجراء متعلق بالنظام العام او بمصلحة الخصوم ، وكذلك الامر فيما يتعلق بمجال البطلان الذاتي وفي اطار النظرية الاخيرة يمكن الحديث عن الإجراء الجوهري من غير الجوهري .[٢] من هنا ظهرت صعوبة وضع ضابط دقيق للقواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام لارتباطها بنظام هو نفسه غير محدد ويثير الجدل لدى الفقهاء والقضاة على حد سواء.

وقد حاول الفقهاء وضع معايير يمكن من خلالها التمييز بين الإجراء التعلق بالنظام العام من الاجراءات الاخرى غير المتعلقة به ، وفي هذا الصدد ذكر الفقهاء معايير وضوابط عدة يكمن بيانها على النحو التالي :

اولا : يرى جانب من الفقه ان معيار التمييز بين الإجراء المتعلق بالنظام العام والاجراء المتعلق بمصلحة الخصوم يكمن في نوع المصلحة التي تحميها او تبتغيها القاعدة الاجرائية . فاذا كانت المصلحة ابتداء عامة كان البطلان المترتب على مخالفتها متعلقا بالنظام العام[٣]

---

[١] BORE . J ., LA CASATION EN MATIERE PENALE , P, ١٦٥١ مشار اليه لدى د. معتصم مشعشع، المرجع السابق ، ص ٤٢٣

(١) يرى جانب من الفقه ان البطلان يدور وجودا وعدما مع الإجراء الجوهري وفي اطار الاخير يمكن الحديث عن البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم . قد لا يبدو هذا القول صحيحا على اطلاقه، ففي نطاق البطلان القانوني يحدد المشرع نوع البطلان الذي يريد ترتيبه على الإجراء المعيب فقد يتفق الفقه والقضاء على أن مخالفة اجراء ما لا ترتب البطلان ومع ذلك ينص المشرع في تعديل للقانون ان مخالفة هذا الإجراء يرتب البطلان . اذا تكمن صحة القول السابق فقط في اطار البطلان الذاتي.

[٢] د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٨٠ ،د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٥٦٨

ذلك ان كل قاعدة جوهرية تستهدف تحقيق مصلحة معتبرة ، وهي وان كانت متعلقة بمصلحة الخصوم فان صيانتها والحفاظ عليها يتصل بالصالح العام • وللتمييز بين المصلحتين لا بد من الاسترشاد بالهدف الرئيس للقاعدة الاجرائية ، فاذا كان يرمي المشرع اساسا الى تحقيق مصلحة عامة ولم يكن الغرض منها ابتداء مصلحة الخصوم ، فانها تعتبر من القواعد المتصلة بالنظام العام ولو اسفرت هذه القواعد عن تحقيق مصلحة ما للخصوم طالما انها لم تكن الهدف الرئيس او الاساس الذي تهدف الى تحقيقه هذه القاعدة .(١) ويرى جانب آخر من الفقه (٢) ان الاعتداد بالمصلحة التي ارادها المشرع من القاعدة الاجرائية هي التي تفرق بين البطلان المتعلق بالنظام العام من البطلان غير المتعلق به ، فاذا كانت المصلحة تتعلق بضمان حسن سير وفاعلية الجهاز القضائي لتحقيق العدالة الجنائية كانت القاعدة متصلة بالنظام العام ، ويندرج تحتها ما يتعلق بعلنية الجلسات وسرية التحقيق الابتدائي والقواعد المتعلقة بالطعن بالاحكام او تسبيبها ، وقد يجد المشرع ان بعض حقوق الدفاع تتعلق بالنظام العام وان كانت متصلة بمصالح الخصوم ، فالمصلحة المراد تحقيقها في هذه الحالة تكون مصلحة عامة ومتعلقة بالنظام العام ، كوجوب توكيل محام عن المتهم في الجرائم التي يستوجب المشرع فيها مثل هذا الإجراء ، (٣) او وجوب استجواب المتهم قبل توقيفه .(٤)

لكن هذا المعيار يبدو لدى فريق آخر من الفقهاء محل نظر ؛ اذ يغلب امتزاج المصلحة العامة بمصلحة الخصوم ، فالقواعد التي تحمي المصلحة العامة كقواعد الاختصاص النوعي وحضور محام عن المتهم في الجرائم التي تستوجب حضوره ، تحمي بنفس الوقت مصلحة المتهم في ضمان محاكمة عادلة ، وبالمقابل فان القواعد التي تذكر في حماية مصلحة المتهم كالاستجواب والقبض والتوقيف تهم المصلحة العامة التي يضيرها اهدار حقوق الدفاع او الحكم على بريء• لذلك يرى هذا الجانب من الفقه ان نوع المصلحة ليس هوالمعيار الحاسم في التمييز بين نوعي البطلان ، بل ان الضابط الصحيح هو أهمية المصلحة التي تحميها القاعدة التي تمت مخالفتها بصرف النظر عما اذا كانت عامة ام خاصة • فقاضي الموضوع هو الذي يقدر اهمية هذه المصلحة • فاذا رأى ان قاعدة اجرائية معينة تستهدف مصلحة هامة ،يقرر ان مخالفة احكام هذه القاعدة تستوجب بطلانا متعلقا بالنظام العام ، ويستوي في ذلك ان تكون هذه المصلحة عامة (كالقيود الواردة عل تحريك الدعوى الجزائية ، وحالات عدم صلاحية القاضي للحكم) او ان تكون خاصة بالخصوم (كحق الدفاع وقرينة

---

(١) د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٣٤

(٢) د. مامون سلامه ، المرجع السابق ،ص ٣٤٧ ،د. جوده حسين جهاد ، المرجع السابق ، ص ٣٤١

(٣) المادة ٢٠٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

(٤) المادة ١١٤ من نفس القانون

البراءة)اما ما عدا ذلك من المصالح التي يقرر القاضي انها لا ترقى الى المصلحة الهامة فان مخالفتها ترتب بطلانا متعلقا بمصلحة الخصوم " البطلان النسبي"[١]

ثانيا :المعيار الذي يجمع بين نوع المصلحة وأهميتها •

هنالك من يرى[٢] ان افضل معيار في هذا الشان هو المعيار الذي يجمع بين نوع المصلحة وأهميتها وذلك عن طريق أمرين : الاول ضرورة ان يكون هدف القاعدة الاجرائية متصلا اما بالضمانات الاساسية المتعلقة بحماية الانسان في جسده او روحه او حياته الخاصة او في الدفاع عن نفسه امام القضاء، واما بالضمانات المتعلقة بالتنظيم القضائي• اما الامر الثاني فهو ضرورة ان يكون قصد المشرع من وضع القاعدة الاجرائية المحافظة على تلك الضمانات تحقيقا للمصلحة العامة ،ويستوي في تحقيق الصالح العام ان تكون المصلحة المحمية متعلقة بالتنظيم القضائي ام بمصالح اساسية وهامة للمتهم ، فالمشرع قد ينظم مصالح خاصة بالافراد ولكن تكون الغاية من ورائها تحقيق الصالح العام • وتطبيقا لهذا المعيار فان القواعد الاجرائية المتعلقة بضمان حسن سير الجهاز القضائي لتحقيق العدالة الجنائية تعتبر من متعلقات النظام العام ، كالقواعدالخاصة بعلانية الجلسات وسرية التحقيق الابتدائي والقواعد المتعلقة بتسبيب الاحكام وطرق الطعن والقواعد المتعلقة بالاختصاص بانواعه وضمان احترام حقوق الدفاع الاساسية •

ثالثا : من الفقهاء من يستبدل مصطلح المصلحة العامة بمصلحة المجتمع[٣] ويرى ان الاجراءات الجنائية على نوعين : الاول يمنح سلطانا لجهات معينة قد تمس بمقتضاه بعض الحريات العامة ، ويدخل تحته تحديد جهات التحقيق والحكم وتوزيع الاختصاص بينها • والنوع الثاني يتعلق بكيفية تنظيم استعمال تلك الجهات للسلطات الممنوحة لها ، وينطوي تحته كيفية مباشرة الاجراءات التي منحها القانون لتلك الجهات ولا يترتب عليه البطلان ، الا اذا راى القاضي ان تلك المخالفة يترتب عليها عدم تحقيق الإجراء للغرض المقصود منه• أي ان كل اجراء اذا نظر اليه مجردا وكان سلطانا فهو متعلق بمصلحة المجتمع واما اذا كانت الغاية منه تنظيما وترتيبا لسلطان اعتبر متعلقا بمصلحة الخصوم • ويضيف اصحاب هذا الراي انه لا يمكن الاحتجاج بان كل اجراء متعلق بمصلحة الخصوم هو متعلق بنفس الوقت بمصلحة المجتمع لان مبنى الفكرة هو رجحان كفة على اخرى تستفيد تبعا من الاولى•[٤]

ويؤخذ على هذا المعيار ما يلي :

---

[١] د• محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٦٣

[٢] د• هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠

[٣] انظر د• حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في اصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٧٣٩

[٤] د• حسن المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص ٧٤٠

١-انه اعتمد على الاجراءات في منح السلطان لجهات معينة او تنظيم كيفية استعمال هذه الجهات للسلطان الممنوح لها ، والاصل ان هذه القواعد هي التي تمنح السلطان او تنظمه اما الاجراءات فهي ليست الا اعمالا قانونية تتم وفقا للقواعد المنظمة لها ، فهي لا تمنح او تنظم سلطانا .

٢- هنالك غموض بين ما يعتبر سلطانا وما لا يعتبر كذلك .

٣- عدم دقة المعيار ، فهنالك العديد من الاجراءات المنظمة لاستعمال التحقيق والحكم تتصل بالنظام العام ، كحضور محام للدفاع عن المتهم في الدعاوي التي يوجب القانون حضور مدافع عن المتهم فيها ، وعلانية الجلسات .(١)

٤- ان استبدال مصطلح المصلحة العامة بمصطلح مصلحة المجتمع لا يغير من الامر شيئا طالما ان الامر لا يتعلق باستبدال مصطلح باخر بقدر ما يتعلق بمعيار يحدد الفارق بين اجراء باطل متعلق بالنظام العام وآخر غير متعلق به .

رابعا : تقسيم البطلان الى بطلان متعلق بالمصلحة العامة وآخر متعلق بالمصلحة الخاصة .

بعد ان ينتقد هذا الجانب من الفقه تقسيم البطلان الى بطلان متعلق بالنظام العام وبطلان نسبي يعود ويستعيض عن هذا التقسيم بتقسيم آخر قوامه المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ويؤثر استخدام مصطلح المصلحة العامة بدل النظام العام لما يكتنف المصطلح الاخير من غموض ونسبية ولما يثيره من جدل فقهي . ويرى ان البطلان المتعلق بالمصلحة العامة هو ذلك البطلان الذي نص المشرع عليه صراحة بالاضافة الى اعتباره افتقار أي عمل اجرائي لاحد مقوماته كالمحل او السبب او عدم مراعاته للشكل الاجرائي يعد بطلانا متعلقا بالمصلحة العامة . اما البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة فيترتب عند كل مخالفة لقاعدة اجرائية ولو لم ينص عليها المشرع بالاضافة الى مخالفة احد الاشكال الاجرائية التي تستهدف حسن سير العدالة متي كانت المخالفة تؤدي الى تعطيل سير العدالة . (٢)

من أهم الانتقادات التي يمكن ان توجه الى مثل هذا الرأي ، انه بعد ان توصل الى عدم صحة تقسيم البطلان الى بطلان متعلق بالنظام وآخر متعلق بمصلحة الخصوم ، عاد واعتمد نفس التقسيم مع تغير في المصطلحات ، فسمى البطلان المتعلق بالنظام العام بالبطلان المتعلق بالمصلحةالعامة ، والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم بالبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة. ونلاحظ في هذا الراي الخلط وعدم الوضوح ، فليس من الصحة القول ان البطلان المتعلق بالنظام العام هو ذلك البطلان الذي نص المشرع عليه صراحة وما دون ذلك يعتبر بطلانا

(١) في نقد هذه المعايير انظر د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٥٧

(٢) انظر مزيدا من التفصيل د. سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ص ٩١ -٩٣

متعلقا بالمصلحة الخاصة ،فقد يرتب المشرع بنصوص صريحة البطلان على مخالفة بعض الاجراءات المتعلقة بمصلحة الخصوم ، وبالمقابل فان النصوص الواردة بشأن البطلان المتعلق بالنظام العام لم تات على سبيل الحصر ٠اضافة الى ان المشرع او القضاء يحتاج الى معيار فقهي يوضح الفيصل بين نوعي البطلان وليس العكس ٠

خامسا : من الفقهاء من يرى (١) ان الفيصل في التمييز بين القاعدة الاجرائية المتعلقة بالنظام العام عن غيرها من القواعد الاخرى غير المتصلة بالنظام العام هو مدى قبول الحق الذي تحميه القاعدة الاجرائية للتصرف فيه ، فان كان لا يقبل مثل هذا التصرف فانه يكون متعلقا بالنظام العام ٠ وبناء على ذلك فان البطلان المترتب على مخالفة القواعد الاجرائية التي تحمي حقوقا ومصالح عامة غير قابلة للتصرف بها او التنازل عنها تكون متعلقة بالنظام العام كمخالفة القواعد المتعلقة بعلانية الجلسات او باجراءات الطعن بالاحكام ٠ اما القواعد او المصالح التي تحمي حقوقا للخصوم والتي يمكن التصرف بها والتنازل عنها فانها لا تعتبر من الاحكام المتعلقة بالنظام العام ٠ ومن الامثلة عليها الاجراءات الخاصة بتفتيش الاشخاص او المساكن او ضبط الرسائل ومراقبة المكالمات وغيرها من الاجراءات المتعلقة بمصالح الخصوم التي يجوز التنازل عنها ٠ اما تلك الاجراءات التي لا يجوز التنازل عنها او التصرف بها ولو كانت متعلقة بمصالح الخصوم ، فانها تعتبر من النظام العام كتفتيش انثى من غير الانثى او محاكمة المتهم بدون حضور محام عنه في الجرائم التي يستوجب وجود مدافع عن المتهم فيها ٠

ويضيف اصحاب هذا الراي الى هذا المعيار القول ؛ بان سلطة القاضي في هذه الحالة ليست مطلقة دائما، وانما تتقيد الى حد كبير لان هذه المسالة ليست من المسائل الموضوعية ليستقل بتقديرها ، بل تعتبر من المسائل القانونية التي يخضع تقديره فيها الى رقابة محكمة التمييز (٢)

لا يخلو هذا المعيار من الانتقادات ، حيث يقسم الاجراءات الجزائية الى نوعين لا توسط بينهما، فاما ان تكون قابلة للتصرف بها والتنازل عنها واما ان لا تكون كذلك ٠ والواقع ان معيار الحقوق القابلة للتصرف او التنازل عنها هو اقرب ما يكون الى مجال القانون المدني وليس مجاله الرئيس القانون الجزائي ، اضافة الى ان بعض الإجراءات قد تبدو من الاعمال الاجرائية التي يمكن التنازل عنها وهي في حقيقة الامر غير ذلك ، فقواعد التفتيش – مثلا –

---

(١) د٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٨٠

(٢) د٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٨١

والتي تضرب مثالا على الحقوق القابلة للتصرف بها ليست جميعها على درجة واحدة فمنها ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما يتعلق بمصلحة الخصموم .

سادسا : من الفقهاء من يضع قواعد يمكن عن طريقها التعرف الى القاعدة المتعلقة بالنظام العام . وهي :

١- اولى هذه القواعد هي تلك التي نص الدستور على مراعاتها ، فاذا نص الدستور على وجوب اتباع شكل معين في الاجراء فان مخالفته ترتب بطلانا متعلقا بالنظام العام ، لان القواعد الدستورية تشغل اعلى مرتبة بين القواعد القانونية .[١]

٢- الدليل المستخلص من جريمة يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ولا تكفي العقوبة في ازالة آثارها ، بل لا بد من ترتيب البطلان على هذه المخالفة .

٣- قواعد التنظيم القضائي لانها تنظم مرفقا عاما وهو مرفق القضاء . فالحكم الذي يصدر من محكمة غير مشكلة تشكيلا صحيحا يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام .

٤- القواعد المتعلقة بالاختصاص .

٥- الاجراءات التي تهدف الى ضمان حسن سير مرفق القضاء ، كعلنية الجلسات .

٦ -الاجراءات المتعلقة بحق الدفاع اذا كان من شانها عدم تمكين المتهم من تقديم دفاعه .

سابعا : يرى جانب من الفقه ان الحل يكمن في تتبع اجتهادات القضاء المتعلقة بالبطلان من أجل وضع قوائم يتم فيها تحديد طبيعة الإجراء .[٢] يبدو ان صعوبة تطبيق مثل هذا المعيار تظهر من خلال عدم تطابق الحالات الواردة ضمن القوائم مع الواقع ، لان تحديد صفة وطبيعة القاعدة الاجرائية يقوم على أمرين : الاول يستند الى طبيعة الشكل الاجرائي والآخر يستند الى واقع وظروف كل دعوى على انفراد .[٣]

يتضح من خلال استعراضنا للمعايير المختلفة أن من غير الممكن الاخذ بمعيار واحد على انفراد . ويبدو ان افضل المعايير هو ذلك المعيار الذي يعطي المشرع بالدرجة الاولى الحق بان ينص على اغلب الحالات المتعلقة بالنظام العام ،وخاصة تلك المتعلقة بالاختصاص او المتعلقة بالتنظيم القضائي مثل تشكيل المحاكم وولايتها بالحكم بالدعوى،والاجراءات التي تهدف الى ضمان حسن سير مرفق القضاء ، كعلنية الجلسات ،وتسبيب الاحكام . وهذه الحالات بلا شك متغيرة من مجتمع الى آخر ومتطورة من زمن الى آخر ، وهي بالتالي

---

[١] د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٤٠ لا شك ان هذا الرأي يظهر لنا مسألة الخلاف حول تمييز القاعدة الدستورية عن غيرها من القواعد القانونية الاخرى.مع الاشارة ان الدستور الاردني عندما ينص على صيانة الحقوق والحريات المختلفة يحيل بشأن الشروط المطلوبة فيها وكيفية ممارستها الى القوانين

[٢] MERELE ET VITU, OP.CIT, P٣٠

[٣] د. معتصم مشعشع ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦

تحتاج من المشرع الى مراجعة مستمرة بين الفترة والاخرى، [١] وهنا يمكن الاستعانة بالاجتهادات القضائية وخاصة ما يصدر عن المحاكم العليا ليتولى المشرع التأكيد على القواعد التي يستقر القضاء على احكامها بانها متعلقة بالنظام العام ، فيتم تضمينها في قانون اصول المحاكمات الجزائية ٠

اما فيما يتعلق بالاجراءات الاخرى غير المنصوص عليها قانونا فانه يتعين في هذه الحالة الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية يستطيع من خلالها التقرير فيما اذا كانت المخالفة الاجرائية على درجة من الاهمية، ويترتب – بالتالي- على مخالفتها بطلان متعلق بالنظام العام ام لا ، آخذا بعين الاعتبار اهمية المصلحة ونوعها من خلال امرين :

الاول : ضرورة ان يكون هدف القاعدة الاجرائية متصلا اتصالا مباشرا اما بالضمانات الاساسية لحماية الانسان في جسده او روحه او حياته الخاصة او بالضمانات المتعلقة بالتنظيم القضائي ٠

الثاني : ان يكون قصد المشرع من هذه القواعد المحافظـــة على هذه الضمانات تحقيقـــا للصالح العام، ويستوي في هذه الحالة ان تكون المصلحة المحمية متعلقة بالتنظيم القضائي ام بمصلحة اساسية للمتهم ٠ وتطبيقا لهذا المعيار فان القواعد المتعلقة بضمان حسن سير وفاعلية الجهاز القضائي تتعلق بالنظام العام ، ويدخل في هذا المفهوم القواعد الخاصة بعلنية الجلسات وسرية التحقيق الابتدائي وتسبيب الاحكام وحالات صلاحية القضاة واحترام حقوق الدفاع الاساسية ،لان المشرع لم يراع بها مصلحة المتهم فقط ، بل اخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة كذلك ٠ [٢]

ويجب ان يبقى في ذهن القاضي قبل تقريره البطلان – سواء تعلق البطلان بالنظام العام او بمصلحة الخصوم – ان من مهمات القضاء الفصل في الدعاوى بشكل عادل وسريع وان لا

---

[١] تنص المادة ٢/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على ما يلي " اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو ولايتها للحكم في الدعوى أو باختصاصها النوعي أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب " وهي تقابل المادة ٣٣٢ من قانون الاجراءات المصري ، اما المادة ١٨٥ من قانون الاجراءات الايطالي فقد بينت الحالات المتعلقة بالنظام العام وهي الحالات التي تترتب على مخالفة القواعد التالية :١- تعين القضاة وشروط اهليتهم والعدد الازم لصحة تشكيل الدائرة ٢- تدخل النيابة العامة في استعمال الدعوى الجنائية واشتراكها في الحصومة وفي كل عمل يوجب القانون اشتراكها فيه ٣- تدخل المتهم ومساعدته وتمثيله في الحالات وبالطرق التي ينص عليها القانون ٠ بالاضافة الى انه نص في مواد متفرقة على ان المحكمة تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها عند مخالفة بعض الاجراءات كمخالفة الاختصاص النوعي

[٢] د٠ هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠

يكون نظام البطلان سببا في اعاقة الدعوى، او التفريط بحقوق الدفاع بحجة فاعلية الاجراءات. فاي نظام حديث للبطلان يجب ان يوازن بين الاعتبارين السابقين .

لا شك ان اعطاء القاضي مثل هذه السلطات ضروري لتطور فكرة النظام العام والحفاظ على مرونتها، سيما وانها فكرة غير قابلة للتحديد – كما تم بيانه – اما الاعتراض بالقول بان هذه الفكرة ستؤدي الى المساس بمبدا الفصل بين السلطات ، وتعتمد على مقاييس شخصية مما يعرض الحريات وفكرة القانون للخطر . فهو لا ياخذ بالاعتبار اسلوب اختيار القضاة ، فضلا عن ان المعيار المستخدم هو معيار موضوعي وليس مطلقا .

فوفقا لهذا المعيار الذي يجمع بين اهمية المصلحة ونوعها في اطار من السلطة التقديرية " المرنة" للقاضي ، يمكن القول ان النظرة الى قاعدة اجرائية معينة قد تختلف بمدى ارتباط هذه القاعدة بالمصلحة العليا للمجتمع ، فقد تتفاوت اهمية القاعدة الواحدة من محكمة الى اخرى ، ويكون الاجراء الواحد متعلقا بالنظام العام امام محكمة معينة ولايكون كذلك امام محكمة اخرى .وللتوضيح نضرب مثلا على اجراء معين تم اتخاذه بصدد دعوى مرفوعة امام محكمة نظامية، واجراء مماثل اتخذ في دعوى مرفوعة امام محكمة امن الدولة ، فوفق هذا المعيار يجب ان تختلف نظرة قاضي محكمة التمييز –عند عرض الدعويين عليه – الى الإجراء المتخذ في كل من المحكمتين ، فقد ترى محكمة التمييز ان الاجراء المتخذ امام محكمة امن الدولة متعلق بالنظام العام ، وترى بنفس الوقت ان الإجراء الذي تم اتخاذه امام المحكمة الاخرى غير متعلق به .

المبحث الثالث
البطلان في التشريع والقضاء الاردني

تقتضي دراسة البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية ان نبين اولا موقف المشرع من مذاهب البطلان وتقسيماته ، قبل تعديل القانون ، وبعد التعديل الجاري بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ ، ثم نبين بعد ذلك موقف القضاء من هذه المذاهب والتقسيمات ٠

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول : موقف المشرع من مذاهب البطلان وتقسيماته

المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي في مسائل البطلان ٠

المطلب الاول
موقف المشرع من مذاهب البطلان وتقسيماته

وسيتم تقيسم هذا المطلب الى فرعين : احدهما عن موقف المشرع من هذه المسائل قبل تعديل القانون ، والثاني عن موقفه بعد التعديل ٠

الفرع الاول
موقف المشرع قبل التعديل

لم يعتنق مشرعنا – قبل تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية – أي نظرية للبطلان ، مقتفيا أثر التشريعين السوري واللبناني ، والذين أخذ عنهما اغلب احكامه ٠ [1]واكتفى بالنص على بعض حالات البطلان في نصوص قليلة ومتفرقة ٠ [2] وبنفس الوقت لم يقم بحصر جميع الحالات التي يترتب عليها البطلان ، ولم يستبعد البطلان عند مخالفة الاجراءات الاخرى ٠

وباستعراض نصوص هذا القانون نجد انه رتب البطلان في حالات محددة ، سواء وردت هذه الحالات في مرحلة التحقيق الابتدائي او مرحلة المحاكمة ٠ ففي المرحلة الاولى اعتبر في

---

[1] انظر فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٨٦

[2] د٠ محمد نجم ، المرجع السابق ، ص ٣٧٥ ، فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٨٤ ، د٠ محمد الحلبي ، المرجع السابق ، ص ٤١٥، د٠ نائل عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٣١٠

المادة ٧٣ ان كل تحشية او شطب او اضافة غير مصادق عليها من قبل المدعي العام والشاهد والكاتب لاغية ٠حيث تنص هذه المادة على ما يلي " ١- لا يجوز ان يحصل حك في محضر التحقيق ، ولا ان يتخلل سطوره تحشية واذا اقتضى الامر شطب كلمة او زيادتها وجب على المدعي العام والكاتب والشخص المستجوب ان يوقعوا ويصادقوا على الشطب والاضافة في هامش المحضر ٠ ٢- تعتبر لاغية كل تحشية او شطب او اضافة غير مصادق عليها " ٠ اما في المرحلة الثانية فقد اقتصر البطلان القانوني على كيفية انتخاب الترجمان ٠ اذ تنص المادة ٢٢٧ من هذا القانون على مايلي " ١- اذا كان المتهم او الشهود او احدهم لا يحسنون التكلم باللغة العربية عين رئيس المحكمة ترجمانا لا يقل عمره عن الثامنة عشرة وحلفه اليمين بأن يترجم فيما بينهم وبين المحكمة بصدق وأمانة ٠ ٢- اذا لم تراع احكام هذه المادة تكون المعاملة باطلة ٠ " وتنص المادة ٢٢٩ من نفس القانون على انه " لا يسوغ انتخاب الترجمان من الشهود او اعضاء المحكمة الناظرة في الدعوى ولو رضي المتهم وممثل النيابة والا كانت المعاملة باطلة "[(١)(٢)]

يتضح مما سبق ان مشرعنا قد أخذ بنظرية البطلان القانوني ضمن حدود ضيقة الا ان ذلك لا يسمح بالقول بانه قد تبنى هذه النظرية بشكل رئيس ، والدليل على ذلك عدد الحالات التي نص على بطلانها ٠

وبالرجوع الى المادة ٢٧٤- الباحثة في اسباب التمييز – نجد ان المشرع قد بين فيها بعض الاحكام المتعلقة ببطلان الاجراءات الجزائية ، حيث تنص الفقرة الاولى هذه المادة على ما يلي " لا يقبل التمييز الا للاسباب التالية : اولا –أ-مخالفة الاجراءات التي اوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان

– ب- مخالفة الاجراءات الاخرى اذا طلب الخصم مراعاتها ولم تلبه المحكمة ولم يجر تصحيحها في ادوار المحاكمة التي تلتها "

---

(١) لا يبنى على ذلك ان الاحكام الواردة في هاتين المادتين لا تنطبق الا على الاجراءات المتعلقة بمرحلة المحاكمة وانما جاء هذا التقسيم نظرا لورود هذين النصين ضمن الاجراءات المتعلقة بالمحاكمة في حين ورد النص الاول ضمن الاجراءات المتعلقة بسماع الشهود امام المدعي العام

(٢) لا يعلم الاصل التاريخي لهذا النص ، الا انه يمكن استنتاج ارادة المشرع من خلاله والمتجهة نحو الحيلولة دون التاثير على الشهادة عندما يكون المترجم من الشهود حيث يخشى ان يشهد على المعلومات التي كونها نتيجة قيامه بالترجمة ٠ وبهذه المناسبة يمكن التعليق على هذا النص بالقول انه يستحسن الاستعاضة عن مصطلح "انتخاب الترجمان " بمصطلح تعيين او اختيار " لما بين المصطلحين من فارق ٠ ومن ناحية أخرى يمكن استبدال عبارة " لا يسوغ " بـــ " لا يجوز " خاصة وان المشرع قد قرر البطلان على مخالفة هذا الإجراء ، بطلانا قد يعتبر من النظام العام ، ومن المعلوم ان احكام القانون لا تبنى على الاستساغة او الاستحسان وانما على الجواز او الحظر ٠ د٠ معتصم مشعشع ، المرجع السابق ، ص ٤١٧

وقد يوحي ظاهر نص الفقرة –أ– من هذه المادة بان المشرع قد تبنى مذهب البطلان القانوني على نطاق واسع ، وانه اورد حالات البطلان على سبيل الحصر . [١]

وفي ضوء النص السابق ، وما قد يوحي به من احكام خلاف الواقع ، يمكن التساؤل عن الجزاء المترتب على مخالفة الاجراءات الاخرى المتبقية – وهي التي تشكل غالبية القواعد الاجرائية – وسكت المشرع عن بيان الحكم فيها ؟ ولعل الاجابة تبدو أكثر صعوبة عندما نجد ان المشرع يستخدم صيغا آمرة توجب اتخاذ اجراء معين او تمنع المخاطب باحكامها عن اتخاذ اجراءات اخرى . فهل يمكن اعتبار الفاظ المشرع ومصطلحاته في مثل هذه الحالات دالة على مراده فيما يتعلق بالجزاء الواجب ترتيبه ؟

وللتوضيح نورد امثلة على ما سبق ، فمن صيغ الوجوب الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية : على موظفي الضابطة العدلية..[٢]، وعلى المدعي العام...[٣]، ويجب على المدعي العام..[٤]،يستجوب المدعي العام المشتكى عليه..[٥] لا يجوز..[٦]، ولا يقبل...[٧]، ولا يقدم أي شخص...[٨]، وفي احيان اخرى يحدد المشرع مواعيد معينة لاتخاذ بعض الاجراءات . فهل أيضا مخالفة تلك المواعيد او عدم تقيد متخذ الإجراء بها يرتب البطلان ؟[٩]

وللاجابة عن السؤال السابق وبيان امكانية ترتيب البطلان على الاجراءات التي لم يرد بشأنها نص ، وبامعان النظر في المادة (٢٧٤) نستطيع ان نلمح خطة المشرع وموقفه من البطلان

---

(١) د. محمد الحلبي ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ حيث يرى ان مشرعنا قد اخذ بنظرية البطلان القانوني وقام بايراد حالات البطلان على سبيل الحصر ، ومثل هذا الرأي محل نظر على نحو ما سيتم بيانه بعد قليل

(٢) المادة ٢١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

(٣) المادة ٣٤ /١ من نفس القانون .

(٤) المواد ٢٩ /١ ، ١١٥ ، ١٣٥ من نفس القانون .

(٥) المادة ٣٢ من نفس القانون .

(٦) المادتان ٢٤ /١ ، ٨١ من نفس القانون .

(٧) المادة ١٥٣ من نفس القانون .

(٨) المادة ١٦٦ من نفس القانون .

(٩) من الامثلة على هذه المدد ما ورد في المادة ٩ /أ من قانون محكمة الجنايات الكبرى والتي تلزم المدعي العام باصدار قرار الظن خلال مدة لا تزيد عن سبعة ايام من تاريخ اقفال التحقيق ، وما ورد في المادة ٦٧ /١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي توجب على المدعي العام ان يفصل بالدفوع التي يبديها المشتكى عليه والمتعلقة بعدم الاختصاص او عدم سماع الدعوى او سقوطها ، او بان الفعل لا يستوجب عقابا خلال اسبوع من تاريخ الادلاء بالدفع. وما توجبه المادة ٩/أ/ب من قانون محكمة امن الدولة ، على المدعي العام ان يعين قرار الظن بحق المتهم في أي قضية خلال مدة لا تزيد عن سبعة ايام من تاريخ اقفال التحقيق وعلى النائب العام ان يصدر قرار الاتهام ويعيد القضية الى المدعي العام خلال مدة لا تزيد على سبعة ايام ايضا . وانظر المادة ١٢ من نفس القانون .

وذلك عن طريق التمييز بين نوعين من الاجراءات : الاولى تلك الاجراءات المتعلقة بمصلحة الخصوم والثانية الاجراءات المتعلقة بالنظام العام .

الاولى : بطلان الاجراءات المتعلقة بمصلحة الخصوم

جاء في الفقرة – ب – من المادة ٢٧٤ ان من اسباب التمييز مخالفة الاجراءات الاخرى اذا طلب الخصم مراعاتها ولم تلبه المحكمة ولم يجر تصحيحها في ادوار المحاكمة التي تلتها

يتضح من قراءة هذا النص ان هنالك مجموعة من الاجراءات المتعلقة بمصالح الخصوم قد بوشرت بصورة مخالفة للقانون وطلب الخصم من المحكمة ان تراعي الاصول الصحيحة عند اتخاذها ، الا انها لم تجبهم الى طلبهم ، ولم تقم بتصحيح تلك الاجراءات المعيبة والمتخذة من قبلها او من السلطات الاخرى قبل احالة الدعوى اليها ، ثم اتخذت حكما فاصلا فيها بناء على تلك الاجراءات المعيبة ، عندها يجوز للخصوم ان يطعنوا بتلك الاجراءات امام محكمة التمييز ويطلبوا تقرير بطلانها .

والواقع ان هذا النص بحاجة للتوضيح ، فهل المقصود – وكما يدل ظاهر النص – ان مخالفة جميع الاجراءات المستثناة من أحكام الفقرة –ب – يترتب عليها البطلان ؟

لا شك ان تفسيرا دقيقا لما ورد في هذه الفقرة يظهر بوضوح ان قصد المشرع وغايته ليست ترتيب البطلان على مخالفة جميع الاجراءات التي لم ينص المشرع على ان مخالفتها ترتب البطلان ، لان القول بخلاف ذلك سيؤدي الى نتائج لا تتفق مع المنطق او الواقع . وبعبارة اخرى فالقول ان المشرع قصد بالاجراءات الاخرى جميع الاجراءات التي لم ينص على بطلانها يعني انه قرر البطلان على مخالفة كافة الاجراءات الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية . [1] الامر الذي سيؤدي بنا الى الرجوع الى مذهب البطلان الشكلي الذي يرتب البطلان على مخالفة كل القواعد الاجرائية دون استثناء ، ودون التمييز بين الإجراء الجوهري من غير الإجراء الذي لم يوضع الا لغاية الارشاد والتوجيه ، وهو المذهب الذي تم هجرانه على نحو ما تم توضيحه عند الحديث عن مذاهب ونظريات البطلان المختلفة

اذا – وفي ضوء الصيغة العامة التي جاء بها النص – لا يمكن تفسيره الا ضمن مفهوم " الإجراء الجوهري" الذي يترتب على مخالفته البطلان ، فليست مخالفة كل اجراء ورد في قانون اصول المحاكمات الجزائية يترتب عليها البطلان سواء تعلق هذا الإجراء بمصالح الخصوم ام بالمصلحة العامة ، لان اجراءات الدعوى ليست على درجة واحدة من الاهمية

---

[1] لان الحالات التي نص على بطلانها قليلة ولا تتجاوز حالتين او ثلاثة سيما وان الحالتين الواردتين في المادتين ٢٢٧ و٢٢٩ يشكلان في واقع الامر حالة واحدة متعلقة بكيفية تعين الترجمان ، وبذلك تصبح جميع الاجراءات الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية –تقريبا – مشمولة باحكام هذه الفقرة من حيث ترتيب البطلان على مخالفتها وهو الامر الذي من غير الممكن التسليم به على نحو ما سيتم بيانه بعد قليل

فمنها ما يقصد منه –فقط – مجرد الارشاد والتنظيم وحث الاشخاص المخاطبين بأحكامها بمباشرتها دون تلكؤ ومماطلة .[١]

والواقع ان التفسير السابق " للاجراءات الاخرى" يؤيده اجتهاد القضاء الذي قرر وفي اكثر من مناسبة ان مخالفة أي اجراء لا تؤدي حتما الى البطلان ، وانما مخالفة الإجراء الجوهري وحدها هي التي يترتب عليها البطلان . [٢]

ويشترط لتقرير بطلان الإجراء المخالف للقانون والمتعلق بمصلحة الخصوم توافر أمريـــن هما :

الاول : ان يكون الخصم الذي كان الإجراء في مصلحته قد طلب مراعاة احكام القانون الذي تمت مخالفته ولم تلبه المحكمة الى طلبه .

فالطلبات المتعلقة بمصالح الخصوم لابد من اثارتها امام محكمة الموضوع حتى يتسنى طرحها مرة اخرى امام محكمة التمييز ، فالدفع بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم لا يجوز اثارته امام محكمة التمييز اول مرة . فمثل هذه الاجراءات اذا لم يتم التمسك ببطلانها امام محكمة الموضوع تبقى صحيحة وتترتب عليها كافة الاثار القانونية ، لان الاصل في الاجراء ان يصدر صحيحا ومن يرى خلاف ذلك عليه ان يثبت وجه المخالفة ، وان يتمسك بهذا الدفع امام محكمة الموضوع ،وخاصة اذا كان الاجراء متعلقا بمصالح الخصوم ولا يتصل بالنظام العام .[٣] وقد يكون الاعتراض على الإجراء صريحا او ضمنيا ، ولا يقبل مثل هذا الدفع الا ممن شرع البطلان لمصلحته تطبيقا لقاعدة " لا دعوى حيث لا مصلحة " [٤]

الثاني : ان لا يكون الإجراء المعيب قد سبق تصحيحه .

يشترط المشرع لكي يحكم بالبطلان ان لا يكون الإجراء قد تم تصحيحه، فالإجراء الذي يصحح تنتفي الغاية من ترتيب البطلان عليه ، ويغدو سليما معافى من كل عيب ولا يجوز بعد ذلك النعي على المحكمة انها لم تقرر بطلانه ، ويقر المشرع صراحة وبموجب هذا النص بجواز تصحيح الإجراء المعيب للتقليل من آثار البطلان.

---

[١] د. حسن المرصفاوي ، المرصفاوي في اصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٧٣٦ ، فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٧٩

[٢] د. نائل عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ ، سيتم بيان موقف القضاء تفصيلا في المطلب التالي

[٣] د. توفيق الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٤٤٠

[٤] لا يشمل شرط المصلحة في الطعن النيابة العامة حيث يجوز لها ان تطالب ببطلان اجراء ما ولو كان لصالح خصم آخر من خصوم الدعوى ، لان النيابة العامة ليست خصما عاديا كسائر الخصوم ، بل هي خصم غايته اظهار الحقيقة ، وهي تملك الطعن بالاحكام ولو جاء مطابقا لطلباتها او سبق لها ان ابدت عدم رغبتها في الطعن ما دامت مدته لم تنته بعد ، د. فوزيه عبد الستار ، المرجع السابق ، ص ٥٣

الثانية: الاجراءات المتعلقة بالنظام العام

لم ينص المشرع بشكل صريح على حالات البطلان المتعلق بالنظام العام كما فعلت بعض التشريعات المقارنة [١] التي ذكرت عددا من الحالات المتعلقة بالنظام العام تاركة الامر الى الفقه والقضاء ليقرر بطلان الحالات الاخرى التي يرى انها متصلة بالنظام العام ٠

والواقع من ان القانون لم يخل تماما من الاشارة الى البطلان المتعلق بالنظام العام ، بل وردت الاشارة اليه في المادة ٢٨٠ والتي تنص على ما يلي " ويجوز لها –أي محكمة التمييز– اذا كان التمييز واقعا من المحكوم عليه ان تنقض الحكم من تلقاء نفسها اذا تبين مما هو ثابت في الحكم المميز انه مبني على مخالفة للقانون اوعلى خطأ في تطبيقه او تأويله ٠ او ان المحكمة التي اصدرته لم تكن مشكلة وفقا للقانون او لم تكن مختصة للفصل في الدعوى او اذا صدر بعد الحكم المميز قانون يسري على واقعة الدعوى "

لقد ذكر المشرع في هذا النص امثلة على الحالات التي يمكن للمحكمة ان تنقض الحكم من تلقاء نفسها شريطة ان يكون التمييز واقعا من المحكوم عليه ٠ وقد جمع المشرع بين اسباب النقض الموضوعية والاسباب الاجرائية التي يترتب على مخالفتها البطلان ، كأن تكون المحكمة التي اصدرت الحكم غير مشكلة وفقا لاحكام القانون ، ويلتقي المشرع الاردني مع التشريعات المقارنة من حيث عدم حصره لحالات البطلان المتعلقة بالنظام العام ، وان التقى معها تماما بعد التعديل الذي سيتم الحديث عنه في المطلب التالي ٠

كما وردت في هذا القانون نصوص آمرة متعلقة بالنظام العام ، الغاية منها حماية الحقوق الاساسية للدفاع وحسن التنظيم القضائي ويترتب على مخالفتها بطلان متعلق بالنظام العام على الرغم ان المشرع لم ينص على ذلك صراحة ، وقد ذكر الفقهاء امثلة على هذه الحالات منها: ما جاء في الفقرة الاولى من المادة ٢٠٦ والتي تنص على ما يلي " لا يقدم شخص للمحاكمة في قضية جنائية الا اذا كان النائب العام او من يقوم مقامه قد اصدر قرارا باتهامه بتلك الجريمة " ٠ فلا يجوز تقديم شخص للمحاكمة في جناية الا بعد صدور قرار اتهام بحقه واذا تمت محاكمته دون صدور قرار الاتهام حسب مقتضيات هذه المادة فانه يترتب عليه البطلان وان هذا البطلان لا يتعلق بمصلحة الخصوم ، بل يتعلق بالنظام العام ٠[٢]

ومن الامثلة كذلك ما نص عليه المشرع في المادة ٤٨ من نفس القانون من السماح للمدعي العام بان يعهد بقسم من الاعمال الداخلة في اختصاصه لموظفي الضابطة العدلية ، اذا رأى ضرورة لذلك ما عدا استجواب المشتكى عليه ، واذا حصل ذلك فان الاستجواب يعد باطلا

---

[١] انظر على سبيل المثال المادة ٣٣٢ من قانون الاجراءات الجنائية المصري ، والمادة ٣٣٣من قانون الاجراءات الجزائية اليمني ، والمادة ٢٢٢ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي

[٢] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٨٥

لانه لا تجوز الانابة فيه ، والبطلان المترتب في هذه الحالة بطلان متعلق بالنظام العام . [١]
كما يرى هذا الجانب من الفقه ان البطلان الذي نص عليه المشرع في المادتين ٢٢٧ و٢٢٩ من نفس القانون هو بطلان متعلق بالنظام العام. [٢]

الفرع الثاني

موقف المشرع بعد التعديل

تبين لنا مما سبق ان مشرعنا لم يكن يتبن مذهبا واضحا للبطلان ، فاكتفى بالنص على حالات قليلة في اطار البطلان القانوني ، وبنفس الوقت لم يأخذ بمذهب البطلان الذاتي .

واذا كان هذا هو الوضع التشريعي قبل التعديل ، فهل تغير الامر بصورة جوهرية في ضوء تعديل قانون اصول المحاكمات الجزائية بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ ؟ وهل اخذ المشرع بنظرية محددة للبطلان ؟ وما هو موقفه من تقسيماته المختلفة ؟

للاجابة عن هذه الاسئلة وغيرها من الاسئلة المتعلقة بدور التشريع في تبني نظرية متكاملة للبطلان ، يمكن الحديث في هذا المطلب عن الجوانب العامة للموضوع على ان نتناول تفصيلات كل جزئية من هذه الجزئيات في مكانها المناسب .

اولا : موقف المشرع من مذاهب البطلان

بالرجوع الى الموقف التشريعي نجد ان المشرع قد اضاف الى القانون المادة السابعة بفقراتها الاربع والمتعلقة بالبطلان ، كما توسع في حالات البطلان القانوني ، فبالاضافة الى الحالات القليلة التي سبقت الاشارة اليها ، نص على بطلان بعض الاجراءات الاخرى وخاصة في مرحلة التحقيق الابتدائي .

وعودا الى المادة السابعة نجد انها تنص في فقرتها الاولى على ما يلي "يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون على بطلانه او شابه عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء "

ويمكن ابداء الملاحظات التالية على هذه الفقرة :

- الملاحظة الشكلية الاولى . وتتعلق بجميع فقرات المادة السابعـــة ، ومدى وضع هذه النظرية في مكانها المناسب . فنظرية البطلان نظرية عامة تعني جميع قواعد الاجراءات الجزائية ولا يجوز وضعها في باب التحقيق الابتدائي او النهائي . فكيف بالمشرع وقد اقحم هذه النظرية قسرا تحت باب يتعلق بالضابطة العدلية . فكان بالامكان وضعها في باب او

---

[١] د. محمد نجم ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ وانظر كذلك المادة ٢٤ من نفس القانون والتي لا تجيز للقاضي ان يحكم بالدعوى التي تولى وظيفةالنيابة العامة فيها لان هذه المخالفة ترتب البطلان المتعلق بالنظام العام

[٢] د. محمد نجم ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤

فصل مستقل ضمن الاحكام العامة [١] واذا اردنا اتباع المنهج السليم في وضع هذه النظرية في مكانها المناسب ، فالاصل ان تأتي في المواد المتأخرة من القانون على اعتبار ان البطلان يرد على الاثار المترتبة على الإجراء فيحول بينها وبينه على نحو يفقد فيه فاعليته ويغدو هو والاجراء الذي لم يتخذ سواء.

- اما الملاحظة الشكلية الثانية فهي ؛ ان هذه الفقرة تقابل المادة ٣٢٠ من مشروع قانون الاجراءات الجنائية المصري .والتي تنص على ما يلي " يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه ، او اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء "[٢] وهي تطابق – ايضا – نص المادة (٢٠) من قانون المرافعات المصري ، مع زيادة عبارة في المادة الاخيرة تقول " .. ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء "[٣] .

قد يتراءى للبعض من قراءة مطلع الفقرة الاولى لهذه المادة ان المشرع قد تبنى نظرية البطلان القانوني منفردة عندما استهل النص بعبارة "يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون على بطلانه " الا ان مثل هذا الاعتقاد سرعان ما يزول عند قراءة الشطر الاخر من هذه الفقرة ، والتي لا يكتفي بمقتضاها المشرع بتقرير البطلان ان يكون قد سبق له النص عليه ، وانما يتوجه نحو نظرية البطلان الذاتي ، حيث يكون الإجــراء باطلا اذا شابه عيب جوهــري ولو لم ينص المشرع على بطلانه .

- يتضح من خلال هذا النص ان المشرع لم يأخذ بواحدة من نظريات البطلان على انفراد ، بل جمع بين نظريتي البطلان القانوني والذاتي على حد سواء ، وان كان انحيازه الى نظريـــة البطلان الذاتي أكثر وضوحا . ويمكن استخلاص الفكرة الاخيرة من خلال استعراض حالات البطلان القانوني ، فهي على الرغم من زيادتها بموجب القانون المعدل ، فانها لا تتجاوز بضع حالات وردت ضمن الاجراءات المتعلقة بالتحقيق الابتدائي . فلو قام القضاء بتطبيق هذا النص على الصورة الوارد فيه ، لاتسع نطاق نظرية البطلان الذاتي بشكل كبير . والواقع ان العلاقة بين النظريتين وثيقة بحيث يؤدي التوسع في نطاق نظرية البطلان القانوني الى

---

[١] من هذه التشريعات انظر على سبيل المثال الفصل الثاني عشر من قانون الاجراءات المصرية ، المواد ٣٣١ – ٣٣٧ وانظر كذلك المواد ٢٢١ –٢٢٨ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي والذي خصص الباب الخامس من الكتاب الثالث للبطلان ، بعد ان تناول في هذا القانون – ضمن منهج سليم – الباب التمهيدي تلاه ابواب متعلقة باجراءات الاستقصاء والاستدلال واجراءات التحقيق الابتدائي والنهائي .

[٢] الاختلاف الوحيد بين المادة ٣٢٠ من مشروع قانون الاجراءات المصري والفقرة الاولى من المادة السابعة ان الاخيرة اضافت كلمة " جوهري " الى العيب الذي يشوب الإجراء في حين خلا نص المشروع من هذه الكلمة .

[٣] سنعود بعد قليل الى بعض الاراء التي وردت بشأن المادة ٣٢٠ من مشروع قانون الاجراءات المصري ، يرى الدكتور محمودمحمود مصطفى في تعليقه على المادة ٢٠ من قانون المرافعات ،انه في ضوء هذا النص لا يوجد حاجة لذكر حالات معينة من البطلان ما دام الضابط هو تحقق او عدم تحقق الغاية من الإجراء . المرجع السابق ، ص ٣٩

التضييق من نطاق نظرية البطلان الذاتي والعكس صحيح .[١] لان بيان ارادة المشرع في تبنيه أي من نظريات البطلان ، ومدى أخذه بنظرية البطلان القانوني لا يتوقف فقط على وجود نص كالذي ورد في بداية الفقرة السابقة ، وانما لا بد من دراسة التوجه العام للمشرع ودراسة الحالات المختلفة للبطلان القانوني ، وهي- كما اسلفت - قليلة لا تنبئ عن تبن من المشرع لنظرية البطلان القانوني بصفة رئيسية .

- ان النص الصريح على البطلان لا يعني ان تنحصر الفاظ المشرع بعبارات مثل ، يكون الإجراء باطلا ، او يتوجب مراعاة شروط معينة تحت طائلة البطلان ، او تكون المعاملة باطلة ، وما الى ذلك من عبارات صريحة في ترتيب البطلان [٢]، بل يمكن تقرير البطلان في حالات اخرى مشابهة تظهر فيها ارادة المشرع في تقرير البطلان بعبارة نهي او امر لا تترك مجالا للشك بان المشرع يرتب البطلان في مثل هذه الحالة . [٣]

والملاحظة الاخيرة ، فقد اوضح المشرع في الشطر الثاني من هذه الفقرة تبنيه لمعيار الغاية من الإجراء للتفريق بين الإجراء الجوهري من غير الجوهري ، مع ما يثيره هذا المعيار من عدم الوضوح والتحديد . فضلا عن أن العيب الجوهري يلحق القاعدة الإجرائية وليس الإجراء . لذلك ، فانني أقترح مادة بديلة هذا نصها " **يكون الإجراء باطلا اذا نص المشرع على بطلانه ، أو اذا خالف قاعدة اساسية أو جوهرية . ومع ذلك ، يكون الإجراء صحيحا اذا تحققت الغاية منه وروعيت فيه المصلحة العامة وحقوق الدفاع** "

وبالرجوع الى الاراء التي قيلت بشأن المادة (٣٢٠) من مشروع قانون الاجراءات الجنائية المصري ، والتي تقابل الفقرة الاولى من المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية المبحوث فيها ، فقد اعترضت لجنة الجامعات المصرية على هذا النص لخلو المشروع من النصوص الصريحة على البطلان ، كما ان الفقرة التالية " يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه" زائد ولا ضرورة له ، حتى في ضوء وجود حالات منصوص عليها في المشروع .[٤] واضافت اللجنة ان عبارة " اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء " عبارة غير صالحة للتعبير بها في نطاق الاجراءات الجزائية فضلا عن قابليتها للتاويل . فالتفتيش مثلا يلزم لصحته- كاجراء- مراعاة قواعد معينة لكل منها غاية ، وغاية التفتيش هي ضبط الاشياء فلو تم الاخذ بالمعنى الحرفي للنص لكان التفتيش صحيحا مع

---

[١] د. هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧١٧

[٢] انظر على سبيل المثال المواد ٦٣ و١٠٠و ٢٢٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٣] ومثال ذلك قوله ؛ تعتبر لاغية كل تحشية او شطب او اضافة غير مصادق عليها . المادة ٧٣ من نفس القانون

[٤] د . هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٧٠٥

مخالفة احكامه متى تحققت الغاية منه وهي ضبط الاشياء • وقد اقترحت لجنة الجامعات نصا بديلا هو " يكون الإجراء باطلا اذا شابه عيب بسبب مخالفة احكامه الاساسية او الجوهرية "

وينتقد جانب من الفقه [١] كلا الاتجاهين ، فبالنسبة الى مشروع القانون فانه وان ورد فيه "يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه •• " الا انه لم يحدد الحالات التي يجب الحكم فيها بالبطلان ، وبالتالي يفقد هذا النص كل قيمة فعلية له •

اما الانتقاد الموجه لرأي لجنة الجامعات فيتمثل بالاتي :

اولا : ان التخوف من اعطاء تفسير حرفي لعبارة " الغاية من الإجراء " من ان يترك مجالا للتاويل ، يمكن ازالته من خلال تفسير هذه العبارة في اطار بقية الاجراءات والاهتداء بمجموعة من المصالح كالمصلحة العامة لسير العدالة الجنائية ، ومصلحة الخصوم ، واحترام حقوق الدفاع • اضافة الى ان الوصول الى الغاية من الإجراء لا يتم الا عن طريق وسائل مشروعة اذ ان الغاية لا تبرر الوسيلة في مجال الاجراءات الجنائية استنادا الى مبدأ مشروعية الدليل في المواد الجنائية •

ثانيا : لم يأت النص المقترح من لجنة الجامعات بجديد فهو عودة الى نظرية البطلان الذاتي السائدة في قانون الاجراءات الجنائية الحالي •[٢]

وبالنتيجة يرى ان افضل حل يكمن بالاخذ بالنظريتين حتى نضمن حماية مستقرة وثابتة لبعض الحقوق المعتبرة للدفاع •

ما زلنا في نطاق نظرية البطلان القانوني وموقف المشرع منها ، فقد ذكرنا في بداية المطلب ان المشرع قد أخذ بحالات قليلة من البطلان ، وابقى بموجب التعديل على تلك الحالات واضاف اليها حالات اخرى ورد النص عليها في المادتين ٦٣و١٠٠ من هذا القانون

فالمادة ٦٣ توجب على المدعي العام عندما يمثل المشتكى عليه امامه ان يتثبت من هويته ويتلو عليه التهمة المنسوبة اليه ، وينبهه قبل الاجابة عن التهمة ان من حقه توكيل محام للدفاع عنه وبعد ان يدلي المشتكى عليه بالافادة يدونها الكاتب ثم يتلوها عليه فيوقعها المدعي العام والكاتب والمشتكى عليه • ورتب المشرع في الفقرة الرابعة من هذه المادة بطلان الافادة المأخوذة على خلاف الاجراءات الواردة فيها ، والتي نصها مايلي " يترتب على عدم تقيد المدعي العام باحكام الفقرات (١) و(٢) و (٣) من هذه المادة بطلان الافادة التي ادلى بها المشتكى عليه "

---

[١] د • هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٧٠٦

[٢] د • هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٧٠٨

يبدو ان المشرع في هذا التعديل اراد حسم امر مخالفة الاجراءات الواردة في هذه المادة بعد ان تناقضت احكام القضاء في امر هذه الاجراءات [١].

اما المادة (١٠٠) فقد جاء في بدايتها " في الاحوال التي يتم فيها القبض على المشتكى عليه وفقا لاحكام المادة (٩٩) من هذا القانون يتوجب على موظف الضابطة العدلية **وتحت طائلة بطلان الاجراءات القيام بما يلي ...**" ثم عددت المادة مجموعة من الاجراءات والشروط التي يجب ان يشتمل عليها الضبط المنظم من قبل موظف الضابطة العدلية .

باستعراض الاجراءات الواردة في هذه المادة يتضح ان المشرع قد توسع في نطاق البطلان القانوني على نحو غير مسبوق او مبرر ، لان خلو محضر الضبط من بعض هذه البيانات يجب ان لا يترتب عليه البطلان ، وهذا هو موقف القضاء وما استقر عليه الاجتهاد القضائي عبر سنوات عديدة. والقول بغير ذلك سيؤدي الى الاخلال بمعادلة نظام البطلان التي تقتضي الموازنة بين فعالية الاجراءات وحماية حقوق الدفاع ، وان لا يكون البطلان سببا للتسويف والمماطلة في الدعوى .

والسؤال المطروح في هذا المقام عن دور القاضي في دعوى تحتوي على اجراء او اكثر من الاجراءات الواردة في المادة السابقة جاءت مخالفة للاحكام المنصوص عليها في هذه المادة . هل يوجد امامه طريق آخر غير اعلان بطلان هذا الإجراء ؟ لا شك ان احترام ارادة المشرع توجب عليه تطبيق نظرية البطلان القانوني في مثل هذه الحالة والحالات المشابهة ، ومن هنا تبدو خطورة النص على بطلان اجراءات لا يصل فيها الامر الى حد الجزم بضرورة ايقاع مثل هذا الجزاء . اما في الحالة الاخرى – عدم النص على بطلان الإجراء- فتؤدي الى توسيع سلطات القاضي بحيث لا يقرر بطلان اجراء الا اذا تبين له انه خالف قاعدة جوهرية .

لذلك فان الباحث يهيب بالمشرع الاستئناس باحكام القضاء والاراء الفقهية قبل ان يقرر ضم اى قاعدة اجرائية تحت مظلة نظرية البطلان القانوني .

ثانيا : موقف المشرع من حالات البطلان وتقسيماته

تبين لنا مما سبق ان مشرعنا لم يأت على تقسيمات البطلان لانه لم يكن يتخذ موقفا محددا من نظرية البطلان بمجملها . وقد استطعنا الاستنتاج من موقفه السابق انه تطرق الىالبطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم من خلال نص المادة ٢٧٤ التي

---

[١] سنعود الى تفاصيل هذا الموضع في القسم الثاني من هذه الدراسة .

تحدثت عن الاجراءات الاخرى التي يطلب الخصم مراعاتها ، وبنفس الوقت لم ينص المشرع على ان مخالفتـــها ترتب البطلان. ومن خلال المادة ٢٨٠ التي بينت انه من حق محكمة التمييز ان تنقض الحكم من تلقاء نفسها اذا تبين لها انه مبني على مخالفة القانون او ان المحكمة التي اصدرته لم تكن مشكلة وفقا للقانون او لم تكن مختصة للفصل في الدعوى .

اما في ضوء التعديل ، فقد نص صراحة على البطلان المتعلق بالنظام العام ، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة السابعة ما يلي " اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة او ولايتها للحكم في الدعوى او باختصاصها النوعي او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب " كما جاء في الفقرة الثالثة " يزول البطلان اذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحة او ضمنا ، وذلك باستثناء الحالات التي يتعلق فيه البطلان بالنظام العام "

والملاحظ ان مشرعنا – وكما هي اغلب التشريعات المقارنة – لم يقم بتحديد الحالات المتعلقة بالنظام العام على سبيل الحصر ، بل جاءت تلك الحالات على سبيل المثال ،والدليل على ذلك ما ورد في نفس الفقرة من قول المشرع – بعد ان عدد حالات اعتبرها من النظام العام – " .. او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام " .

والملاحظة الاخرى التي ترد بشان المنهج الي اتبعه مشرعنا والتشريعات التي سارت على نفس النهج انها لم تضع تعريفا دقيقا للاجراءات المتعلقة بالنظام العام او ضابطا يحددها ، فاكتفت بذكر الامثلة على هذا النوع من البطلان . وبالرجوع الى المذكرة الايضاحية لقانون الاجراءات الجنائية المصري نجدها تذكر طائفة اخرى من هذه الاجراءات ؛ كالاحكام الخاصة بعلنية الجلسات اوبتسبيب الاحكام وأخذ رأي المفتي عند الحكم بالاعدام ، واجراءات الطعن بالاحكام ، وحضور محام عن المتهم في الجنايات .(١)

والواقع ان خلو التشريعات من معيار او ضابط يبين الإجراء المتعلق بالنظام العام من غيره من الاجراءات الاخرى لا يعفي من البحث عن هذا المعيار والاستعانة باحكام القضاء وان يقوم المشرع بين الفترة والاخرى بالنص على حالات جديدة ترتبط مخالفتها بالنظام العام مع اعطاء القاضي سلطة واسعة في هذا المجال . (٢)

---

(١) محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ، د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، ص ٣٧٩ حيث يرى ان الامثلة الواردة في المذكرة والمتعلقة بعلانية الجلسات وتسبيب الاحكام واخذ راي المفتي عند الحكم بالاعدام والطعن بالاحكام جميعها تتعلق بالضمان القضائي كعنصر في الشرعية الاجرائية ، اما حضور محام عن المتهم بجناية فهو التزام دستوري على المحكمة مراعاته لانه يتصل بعنصرين من عناصر الشرعية الاجرائية وهما قرينة البراءة والضمان القضائي باجراء محاكمة قانونية منصفة .

(٢) يمكن الرجوع الى ما سبق من حديث عن المعايير التي تفرق بين الاجراءات التعلقة بالنظام العام عن غيرها من الاجراءات

اما الفقرة الثالثة من هذه المادة ، فانني اقترح ادخال التعديل التالي عليها " **يسقط الحق بالتمسك بالبطلان اذا تنازل عنه ٠٠٠الى نهاية الفقرة** " لان البطلان لا يزول ، وانما يسقط الحق بالتمسك به اذا تنازل عنه من شرع لمصلحته ٠ فالاجراء لا يبرأ من عيبه وينقلب صحيحا ، لان الحكم على الإجراء بالصحة أو البطلان يكون من وقت صدوره ٠

وتجدر الاشارة ان المشرع لم يتطرق الى أي نوع اخر من انواع البطلان مكتفيا بالنص على البطلان المتعلق بالنظام العام لاهميته ، تاركا الامر للفقه والقضاء لكي يقررا انواعا اخرى وفق مقتضى الحال ٠

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي في مسائل البطلان

ترتب على عدم وضوح منهج المشرع من مذاهب البطلان وحالاته –في المرحلة التي سبقت التعديل المشار اليه – عدم وضوح وخلط في احكام القضاء ، الا انه يمكن القول بان محكمة التمييز قد اخذت بنظرية البطلان القانوني على نحو واسع ، فكثيرة هي الاحكام التي لاترتب البطلان على مخالفة بعض الاجراءات استنادا الى قاعدة " لا بطلان الا بنص " ٠

والواقع ان اعتماد القضاء الاردني على هذه القاعدة وتكرارها في العديد من احكامه ، لا يعني انه يستند الى موقف تشريعي ، فقد تبين لنا مما سبق ان المشرع الاردني لم يتبن نظرية البطلان القانوني ولم يكن له موقفا واضحا من نظرية البطلان برمتها ٠ وما استناد القضاء في احكامه الى قاعدة لا بطلان الا بنص ، الا لتبرير عدم اتجاه المحكمة لتقرير البطلان في تلك الحالات ، لان المشرع لم يتوسع اصلا في حالات البطلان وبالتالي فان عدم تقرير البطلان عند مخالفة بعض الاجراءات بحجة ان المشرع لم ينص عليه ، ليس له مسوغ في ضوء عدم اعتماد المشرع على نظرية البطلان القانوني ٠ وبنفس الوقت فان المتتبع للاجتهادات القضائية لا يستطيع القول بان القضاء لم يعتمد نظرية البطلان الذاتي في احكامه فقد تضمنت احكامه – وعلى نحو ما سيتم بيانه بعد قليل – انه اعتمد على هذه النظرية، ولكن المشكلة كانت دائما هي عدم وضوح المعيار الذي يعتمده القضاء الاردني في التمييز بين الإجراء الجوهري من الإجراء غير الجوهري من جانب ، والتمييز بين الإجراء المتعلق بالنظام العام من الإجراء المتعلق بمصلحة الخصوم من جانب آخر ٠ خاصة اذا ما علمنا انه حتى بالنسبة الى التشريعات التي نصت على حالات البطلان المتعلق بالنظام العام فانها لم تورد مثل هذه الحالات على سبيل الحصر ، فكان لا بد من وجود معيار يستعين به القاضي للتفريق بين البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ٠

ويمكن استعراض موقف القضاء الاردني مما سبق مع بيان الامثلة عليه في الفروع التالية:

الفرع الاول

تواتر أحكام القضاء على الاخذ بنظرية البطلان القانوني

جاء في قرارات عديدة لمحكمة التمييز انها لم تقرر البطلان لعدم وجود نص في القانون يقرر مثل هذا الجزاء ، أي ان المحكمة افترضت ان البطلان لا يتقرر الا اذا نص المشرع عليه ، وهي بذلك تقوم بتطبيق نظرية البطلان القانوني بشكل مباشر • وقد تكررت قاعدة لا بطلان الا بنص في العديد من قراراتها القديمة والحديثة على حد سواء • فقد جاء في قرارات قديمة لها " ان مخالفة المحكمة للاجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٣٢)من قانون اصول المحاكمات الجزائية بعدم سؤال المتهم عما اذا كان يرغب في اعطاء افادة دفاعا عن نفسه هي مخالفة لا تستلزم النقض ما دام ان المتهم لم يطلب من المحكمة مراعاة ذلك لان القانون لا يوجب مراعاة هذا الإجراء تحت طائلة البطلان "[١] ويرى جانب من الفقه[٢] – بحق – ان هذه المخالفة ترتب البطلان ولو لم ينص المشرع عليه لان القاعدة التي خولفت قاعدة جوهرية ، وهي تهدف الى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة المتهم على حد سواء ، فسؤال المتهم عن تقديم افادته للدفاع عن نفسه فيه صيانة للمصلحة العامة التي يضيرها عدم تحقيق دفاع المتهم ، فلا يجوز ان تفصل الدعوى دون ان تستمع الى دفاعه ، لان هذا من المبادئ الاساسية الواجب مراعاتها وحرمان المتهم من هذا الحق يخل بحقه في الدفاع ويؤثر في مركزه القانونـــي سلبا مقارنة مع متهم آخر اعطي مثل هذا الحق• ولو قيل بغير ذلك لاصبح حق الدفاع مجردا من كل قيمة عملية وغدا حقا نظريا غير قابل للتطبيق لان تعليق هذا الحق على طلب من المتهم او الاحتجاج بان المشرع لم ينص على بطلان مخالفة الإجراء المتعلق به يجرده من فاعليته ، ويجعل للمحكمة الجزائية دورا سلبيا وهو الامر الذي يتنافى مع ما للمحكمة من دور ايجابي في ادارة الدعوى •

وتزداد اهمية الاشارة الى مثل هذا الاجراء اذا كان المتهم يجهل الاجراءات وادوار المحاكمة ، فمن واجب المحكمة في هذه الحالات ان تنبهه الى هذه الحقوق ، فان اغفلت ذلك كانت اجراءاتها باطلة ، لا لان المشرع لم ينص على بطلانها ، بل لان هذه القواعد هي قواعد جوهرية وتتعلق بحق الدفاع والمصلحة العامة على حد سواء •

---

[١] تمييز جزاء ٩٣/ ٦١ ، الموسوعة الجنائية الاردنية ،ج١ ، سعيد الفكهاني ورفقاه ،الدار العربية للموسوعات القاهرة ،سنة ١٩٧٨،ص٣٢١

[٢] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٨٧

ويضيف اصحاب الرأي السابق ، انه يصح اعتبار سكوت المتهم تنازلا عن التمسك بحقه في الدفاع ، اذا كان له محام وتم الإجراء بحضوره ولم يعترض عليه ٠ والواقع انه في ضوء النصوص القانونية والدور الايجابي للمحكمة الجزائية ومسؤليتها في تحقيق العدالة ،فعليها ان تقوم بتنبيه وكيل الدفاع الحاضر الى ضرورة ان يدافع عن موكله بصورة لا تخل بحرمة القانون .[١] لان هذا الإجراء لا يعد تدخلا من المحكمة بعمل وكيل الدفاع ، بل هو احساس بواجبها في تحقيق العدالة ، ولا يجوز اعتبار سكوت وكيل المتهم في الحالة السابقة دليلا على تنازله ما لم تسأل المحكمة المتهم او وكيله فيما اذا كان يرغب باعطاء افادة او بينة دفاعية[٢]

ومما يدلل على سلامة هذا الاتجاه ،استقرار المحكمة في قراراتها اللاحقة على ان مخالفة مثل هذا الاجراء تعد مخالفة جوهرية ، فقد جاء في قرارحديث –نسبيا – مايلي" اذا كان اعتراف المتهم لا يتطابق مع الافعال المسندة يتوجب على المحكمة سؤال المتهم فيما اذا كان يرغب باعطاء افادة دفاعا عن نفسه وفق احكام المادة ٢٣٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمخالفة هنا جوهرية لانها حق من حق الدفاع " [٣]

واستمرت محكمة التمييز على نهجها السابق في اتباع قاعدة لا بطلان الابنص، واعتبرت ان مخالفة ترتيب الاجراءات في الجلسة لا يؤدي الى بطلانها ، حيث جاء في احد قراراتها " ان قانون اصول المحاكمات الجزائية عندما اورد في المادة ٢٢٣ ترتيب سماع شهود النيابة والمدعي الشخصي ثم المتهم لم يوجب بطلان اجراءات المحكمة اذا هي خالفت الترتيب المذكور فاستمعت الى بينة المدعي الشخصي بعد ان ختم المتهم بينته لا سيما وان المادة ٥٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اجازت للشاكي ان يتخذ صفة المدعي الشخصي في جميـــع ادوار الدعوى حتى ختام المحاكمـــة البدائية " [٤] وينتقد جانب من الفقه موقف محكمة التمييز في قرارها السابق من ادوار المحاكمة وعدم ترتيبها البطلان على تلك المخالفة استنادا الى عدم وجود نص يقرر البطلان، لان هذه قواعد جوهرية ومخالفتها تؤدي الى البطلان اعتمادا على نظرية البطلان الذاتي وليس نظرية البطلان القانوني ، وهو يرى ان موقف المحكمة منتقد للاسباب التالية :

السبب الاول : ان المشرع اراد من اجراءات سماع الشهود صيانة اجراء جوهري من اجراءات الاصول وهو المحافظة على حق من حقوق الدفاع ، بان يكون سماع شهود المتهم

---

[١] تنص المادة ٢١٥ /١ من قانون اصول المحكمات الجزائية على ما يلي " ينبه الرئيس وكيل المتهم ان وجد ان يدافع عن موكله بشكل لا يخل بحرمة القانون "

[٢] انظر المادتين ١٧٥ و ٢٣٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٣] تمييز جزاء ٣٣٤/ ٩٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩ ، ص ، والقرار رقم ٣٥٩/ ٩٩ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٩ ، ص

[٤] تمييز جزاء ٧٥/٣٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة١٩٧٥، ص١٠٠٧

آخر الشهود في الدعوى ، حتى يتمكن من دفع ما جاء به شهود النيابة وشهود المدعي بالحق الشخصي • فاذا قامت المحكمة بالاستماع الى شهود الاثبات بعد شهود الدفاع تكون بذلك قد فوتت الفرصة على المتهم لدفع ما جاء به شهود النيابة مما يترتب عليه الاخلال بحق الدفاع لذلك كان ترتيب المشرع ان يأتي شهود المتهم في آخر قائمة شهود الدعوى ، والاخلال بهذا الترتيب يجب ان يترتب عليه البطلان لانه ينقض حقا هاما من حقوق الدفاع •

السبب الثاني :

لا يصح الاستشهاد بنص المادة ٥٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي تجيز للشاكي ان يتخذ صفة الادعاء بالحق الشخصي في جميع ادوار المحاكمة للاستدلال على ان ترتيب سماع الشهود الوارد في المادة ٢٢٣ من الاصول تكون مخالفة دون ترتيب الجزاء المتمثل بالبطلان ، وذلك لاعتبارين :

١- ان الترتيب الذي ورد في هذه المادة -٢٢٣- جاء بصيغة آمرة فيما يتعلق بسماع الشهود فالمادة تنص على ما يلي "بعد سماع شهود النيابة والمدعي الشخصي يستمع الى شهود المتهم" فالصياغة التي جاءت بها هذه المادة آمرة لان (بعد) ظرف زمان يفيد الترتيب بحيث يأتي سماع شهود المتهم لاحقا من حيث الزمان لسماع شهود الاثبات •والصيغة الامرة وسيلة من وسائل المشرع يعبر بها عن مواطن البطلان وان كانت عبارة المشرع ليست حاسمة دائما في نظرته نحو تقرير البطلان•

٢- اذا كانت المادة ٥٨ تجيز للمدعي الشخصي تقديم دعواه في أي مرحلة من مراحل الدعوى فان سماع شهود المتهم يجب ان يكون لاحقا لسماع شهود المدعي الشخصي • واذا كان شهود المتهم قد تم سماعهم قبل ان يقدم المدعي الشخصي دعواه فيكون من حق المتهم ان يقدم شهودا آخرين لدفع بينة الادعاء بالحق الشخصي بحيث يكون الاستماع الى شهود المتهم آخر الشهود عملا بنص المادة ٢٢٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية موضوع البحث• لذلك تعتبر المادة ٢٢٣ قيدا على ما ورد بالمادة ٥٨ حتى لا يكون من شأن تطبيق المادة الاخيرة وبمعزل عن المادة ٢٢٣ الى حرمان المتهم من حق دفع البينة التي جاء بها المدعي بالحق الشخصي •

السبب الثالث : يبدو ان محكمة التمييز ، ومن خلال ظاهر قرارها ، انها قد استأنست بقرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٤ يونيو١٩٥٢ (١) والذي جاء فيه ان ما نصت عليه المادتان(٢٧١و٢٧٢)من قانون الاجراءات الجنائية من ترتيب الاجراءات في الجلسة

(١) رقم ١٤ يونيو ، ١٩٥٢ ،مجموعة احكام النقض ،السنة ٣،رقم ٣٠٣ ، مشار اليه لدى د محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق،ص٣٨

وان كان مفيدا في تنظيم سير الدعوى وتسهيل نظرها الا انه لم يرد على سبيل الوجوب ولم يقصد به حماية مصلحة جوهرية للخصوم • لما كان ذلك وكان اخلال المدعي بذلك الترتيب لم يحرم الطاعنين في النهاية من ابداء دفاعهما وطلباتهما ومن الرد على دفاع خصميهما ولم يمس ما لهما من حق مقرر في في ان يكونا آخر من يتكلم فانه لا يترتب عليه البطلان •

من الواضح ان محكمة التمييز قد أخذت بجزء من قرار محكمة النقض المصرية المشار اليه الذي لا يرتب البطلان على مخالفة الاجراءات في الجلسة دون ان تاخذ بالجزء الاخر من القرار الذي يجعل للمتهم الحق دائما في ابداء دفاعه بعد دفاع خصمه • ويكون المتهم آخر من يتكلم ، وهو حق لا يجوز المساس به • فمخالفة ترتيب الاجراءات في الجلسة لا ترتب البطلان بشرط عدم الاخلال بحقوق الدفاع الجوهرية ، بحيث لا يجوز ان يكون من شأن هذه المخالفة حرمان المتهم من الرد على شهود الادعاء بالحق الشخصي وتقديم دفوعه وبيناته بعد ان ينهي خصمه دوره • وقد اشارت محكمة النقض المصرية الى ذلك الا ان محكمة التمييز اجازت الاستماع الى بينات المدعي بالحق الشخصي بعد سماع بينة المتهم وفي ذلك اخلال جوهري بحق الدفاع• [١]

اضافة الى ما سبق ، ولو قدم المدعي بالحق الشخصي بيناته بعد بينات المتهم فان على المحكمة ان تمكن المتهم من دحض بينات المدعي الشخصي ، وبالنتيجة على المحكمة ان تراعي الاجراءات المتعلقة بادوار المحاكمة بحيث لا تخل بحقوق الدفاع وتمنح المتهم الفرصة بان يكون آخر المتكلمين، والا ترتب البطلان على اجراءاتها المخالفة لهذه القواعد •[٢]

واضافت المحكمة في قرارصدر لها في نفس العام سببا آخر من الاسباب التي تدفعها الى عدم تقرير البطلان ، قوامه النظر الى الصيغة التي جاء بها الإجراء ،فهي لا تقرر البطلان اذا لم تكن الصيغة التي صدر بها الاجراء وجوبية • ومما جاء في هذا القرار "لقد استقر الفقه والقضاء على ان البطلان لا يتوجب على اغفال اجراء نص عليه القانون الا في حالة نص القانون على البطلان او ان يرد النص على الإجراء بصيغة الوجوب على اعتبار انه اجراء جوهري وحيث لم ينص القانون على بطلان تقديم التمييزالى مرجع قضائي آخر ••• فان تقديم التمييز الى محكمة اربد يعتبر قانونيا" [٣] كما رددت المحكمة نفس العبارات في قرار آخر جاء فيه " ••• الادعاء بعدم تنبيه المحكمة المتهم لما سيتلى عليه من اوراق وان صح فهو لا يشكل مخالفة تستوجب النقض اذ ان الاجراء الذي يوجب القانون مراعاته لا

---

[١] مشار الى هذه الحجج والاسانيد لدى فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ،ص ص ٨٩-٩٠

[٢] د. لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٣٥٣

[٣] تمييز جزاء ١٩٧٥/٨، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٧٥ ، ص ٤٧١

يكون سببا للنقض الا اذا نص القانون على بطلانه ٠٠ او اذا ورد النص عليه **بصيغة الوجوب** " (١)

يتضح ان محكمة التمييز في القرارين الاخيرين والقرارات المشابهة تستند الى معيار الصيغة التي يرد بها الاجراء ٠ ولا شك ان هذا الموقف لا يمكن التسليم به على اطلاقه ، اذ ان عبارة المشرع ليست حاسمة دائما في توجهه نحو ترتيب البطلان على الاجراء الذي ورد بصيغة الوجوب ، والامثلة التي تمت الاشارة اليها فيما سبق دليل واضح على ذلك ٠ ولكن يبدو ان محكمة التمييز تحاول في كل مرة ايجاد سبب يبرر عدم تقريرها البطلان ، فهي تستند في اغلب الاحيان الى عدم وجود النص ، وفي احيان اخرى الى الصيغة التي ورد بها الاجراء ٠ وكان يغنيها عن هذا كله ان تتخذ لنفسها معيارا تفرق بمقتضاه بين الاجراء الجوهري من غير الجوهري ٠

وقالت في قرار آخر ان " عدم قيام هيئة التحقيـق بتلاوة التهمة وعدم سؤاله ان كان يرغب بتوكيل محام لا تعتبر باطلة لانه **لا بطلان الا بنص** "(٢) كما رددت المحكمة نفس المبدأ في قرارات صدرت في فترات لاحقة ، حيث جاء في احدها ان " الاتجاه العام في التشريعات الاصولية يجيز اشتراك قاض في الحكم ولو لم يشترك في الاستماع للبينات لتيسير الاجراءات ٠ اصول المحاكمات الجزائي **لم ينص علــى بطلان** اشتراك قاض لم يشترك في الاستماع للبينات ٠٠ " (٣) وكررت المحكمة قاعدة لا بطلان الا بنص في احكامها الصادرة خلال عقد التسعينات ، ومن هذه القرارات قولها ان " الادعاء بعدم تنبيه المحكمة للمتهم لما سيتلى عليه من اوراق وان صح فهو لا يشكل مخالفة تستوجب النقض اذ ان الإجراء الذي يوجب القانون مراعاته لا يكون سببا للنقض **الا اذا نص القانون على بطلانه** "(٤) وفي حكم خلال نفس الفترة تقول المحكمة " ان عدم توقيع المحضر من بعض قضاة الهيئة الحاكمة خلافا لاحكام المادة ٢١٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية لا يبطله لانه ليس من الاجراءات التي **اوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان** " (٥)

وهكذا نلاحظ ان محكمة التمييز قد أخذت بنظرية البطلان القانوني ، وكررت قاعدة لا بطلان الا بنص في اكثر من قرار لها وذلك في الحالات التي كانت تريد فيها عدم تقرير

---

(١) تمييز جزاء ٢٣٩/ ٩٣ مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٥ ، ص ٣٤٤

(٢) تمييز جزاء ٩٩ / ٨١ ، مجلة نقابة المحامين ، العدد ٧ ، السنة ١٩٨١ ، ص ٢٠٨٧ والواقع انه يمكن توجيه نفس الانتقادات السابقة الى هذا القرار الذي يقرر عدم بطلان اجراء جوهري لمجرد عدم النص على البطلان

(٣) تمييز جزاء ٨٢/٩٤ ، مجلة نقابة المحامين ، الاعداد ٥ –٨ ، السنة ١٩٨٢ ، ص ١١٧٢

(٤) تمييز جزاء ١٩٩٣/٢٣٩ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٥ ، ص ٣٤٤

(٥) تمييز جزاء ١٩٩٤/٣٣٢ ،مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٤ ،ص ١٤٦٥ ، تمييز جزاء ١٩٩٤/٢٥٧ ،مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٩٤ ،ص٩٧٠ يمكن الاكتفاء بهذا القدر من الامثلة والتعليق عليها مع ايراد المزيد من التفاصيل في فصول لاحقة

البطلان . والواقع ان هذا الموقف من المحكمة ليس بمنأ من النقد ، فقد تبين لنا– مما سبق– ان الاعتماد على قاعدة لا بطلان الا بنص يفترض ان يكون المشرع قد تبني نظرية البطلان القانوني ونص على الحالات التي يريد ان يرتب على مخالفتها البطلان ، وهو الامر الذي لم يفعله المشرع ، ولا تسعف الفقرة الاولى من المادة ٢٧٤ بالقول ؛ بانه قد تبنى مثل هذه النظرية وان كان ظاهرها يوحي بذلك . فالنص على البطلان – وكما تم بيانه سابقا – لم يرد الا ضمن نصين لا يسمحان بالقول ان المشرع تبنى نظرية البطلان القانوني على نحو واسع .

والحقيقة ان استناد محكمة التمييز الى نظرية البطلان القانوني ليس له ما يبرره ، اذ لو اردنا تطبيق هذه النظرية – كما يوحي ظاهر نص المادة ٢٧٤ – لاصبحنا امام نظرية غير محددة المعالم ، بحيث تستطيع المحكمة ان تتذرع باستبعاد البطلان بحجة ان المشرع لم ينص عليه ، مع ان الواقع يشير الى ان المشرع لم يأخذ بهذه النظرية، ولم يبق امامنا من تفسير لموقف القضاء الا القول بانه لجأ الى هذا الاجتهاد لكي لا يدخل في تفاصيل التفرقة بين الإجـــراء الجوهري من الإجراء غير الجوهري.

الفرع الثاني

موقف القضاء من نظرية البطلان الذاتي

مما لا شك فيه ان أساس نظرية البطلان الذاتي يقوم على التفرقة بين الإجراء الجوهري وغير الجوهري، لانها تعتمد على معيار يلعب فيه الفقه والقضاء دورا هاما يتحدد بموجبه الإجراء الجوهري الذي يترتب على مخالفته البطلان ، من الإجراء الذي لا يهدف المشرع من ورائه سوى الارشاد والتوجيه .

والسؤال المطروح في هذا المقام ،هل تمكن القضاء الاردني من الوصول الى مثل هذا المعيار؟ وهل استقر القضاء على معيار واحد ام اتخذ معايير عدة ؟

للاجابة على الاسئلة السابقة يمكن القول ان القضاء قد تطرق الى عدة معايير معروفة وبنفس الوقت ابتدع معايير غير معروفه على صعيد الفقه والقضاء المقارن ، فضلا عن انه في بعض القرارات اكتفى بالقول ان الإجراء الذي تمت مخالفته اجراء جوهري دون ان يبين المعيار في التفرقة بين الإجراء الجوهري من غير الجوهري . ويمكن استعراض موقف محكمة التمييز من هذه المعايير على النحو التالي :

اولا :عدم تبني معيار محدد .

لم تتبن محكمة التمييز في بعض القرارات الصادرة عنها معيارا يحدد الإجراء الجوهري من الإجراء غير الجوهري . فقد جاء في احد القرارات الصادرة عنها ما يلي " المحكمة التي استمعت هذه الشهادة لم تتل اقوال الشاهدة التحقيقية وتدون ما ظهر بينها وبين شهادتها الاخيرة

من تباين وتستوضح منها عن سبب ذلك كما تتطلب الفقرة الخامسة من المادة(٢١٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية مع ان هذا الإجراء هو من الاجراءات الجوهريـــة التي يترتب على اغفالها اعتبار الحكم معيبا وحقيقا بالفسخ" [١] وترى في قرار آخر " ان عدم سؤال المتهم ان كان يرغب باعطاء افادة دفاعا عن نفسه يعتبر اجراء جوهريا يترتب على مخالفته البطلان " [٢]

لا شك ان تلاوة اقوال الشاهدة التحقيقية وتدوين ما ظهر بينها وبين شهادتها الاخيرة هو اجراء جوهري، لانه يستهدف المصلحة العامة في الكشف عن الحقيقة، وان اغفال مثل هذا الإجراء يترتب عليه البطلان، كما ان سؤال المتهم وتمكينه من اعطاء افادة دفاعا عن نفسه يستهدف عدم المساس بحقوق الدفاع التي تسعى كافة التشريعات الى حمايتها . الا ان قراري المحكمة السابقين لم يبينا المعيار الذي استندت اليه في تقرير جوهرية هذا الإجراءات [٣]

ويدخل في اطار الحالة هذه الحالة – عدم تبني معيار محدد – ان تكتفي المحكمة عند تقرير البطلان بالقول ان الاجراء المتخذ مخالف للقانون دون ان تذكر البطلان صراحة . فقد جاء في احد قراراتها " يستفاد من نص المادتين ٣١ و٣٧ من قانون محاكم الصلح والمادة ١٦٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية انه لا يجوز محاكمة المشتكى عليه او الظنين او المتهم الا بعد ان يبلغ دعوة الحضور للمحاكمة ... وان اجراء محاكمته دون تبليغ مخالف للقانون " [٤] . وهكذا نجد محكمة التمييز تسعى في بعض القرارات الى نقض الحكم بسبب عام يتمثل بمخالفة القانون ، مع ان المشرع قد فرق بين اسباب التمييز العائدة لمخالفة القانون وتلك المتعلقة ببطلان الاجراءات في المادة ٢٧٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

ثانيا : معيار الاخلال بحقوق الدفاع .

من المعاييرالتي اعتمدتها محكمة التمييز في التفريق بين الإجراء الجوهري من غير الجوهري ، مدى ارتباط الإجراء بحقوق الدفاع ، فان كان الإجراء ماسا بحق من حقوق الدفاع رتبت المحكمة عليه البطلان ولو لم يرد نص عليه ، استنادا الى نظرية البطلان الذاتي ومعيارها ، مدى تعلق الإجراء بحقوق الدفاع .فقد جاء في احد قراراتها ما يلي " كان على المحكمة بعد ان اصدرت قرارا بتعديل التهمة والذي يعرض المتهم لعقوبة اشد ان تؤجل الدعوى للمدة التي تراها لا ان تطلب من وكيل المتهم ان يترافع حالا عن التهمة المعدلة ،

---

[١] تمييز جزاء ٧١/٩ ، مجلة نقابة المحامين ، السنة ١٩ ،ص ٤٢٠

[٢] تمييز جزاء ٣٣٩/ ٩٤ ،مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ص ١٤٥٨

[٣] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٩٣

[٤] تمييز جزاء ٨٧/٨٧ ، مجموعة الاحكام الجزائية ، محمد خلاد ويوسف خلاد ،المرجع السابق ، ج١ ، ص ٣٩٦

ولما كان هذا الإجراء يخل بحق الدفاع فانه يعد باطلا لان القاعدة التي رجحها الفقه والقضاء باعتباره باطلا اذا كان جوهريا ويؤدي الى المساس بحقوق الدفاع ولم تقم المحكمة به "[1]

ويلاحظ ان المحكمة في هذا القرار ترى ان المخالفة الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان هي تلك المخالفة المتعلقة بالمساس بحقوق الدفاع، ومثل هذا الاجتهاد يتجاهل بقية الاجراءات التي وضعت لحماية العدالة ، كالاجراءات المقررة لحماية المصلحة العامة ، لان مخالفة مثل هذه الاجراءات يعتبر من الاشكال الجوهرية الماسة بالعدالة٠

ومن القرارات الجديرة بالبحث ماجاء في قرار صادر عن نفس المحكمة قالت فيه " ان الفقرة الثانية من المادة (٢١٥)من قانون اصول المحاكمات الجزائية توجب على رئيس المحكمة عند النظر في القضايا الجنائية ان ينبه المتهم الى وجوب الاصغاء لم سيتلى عليه ٠ وان يأمر الكاتب بتلاوة قرار الاتهام ولائحة الاتهام وقائمة اسماء الشهود والضبوط والوثائق الاخرى ٠ وبالرجوع الى محضر المحاكمة في هذه القضية نجد ان رئيس محكمة الشرطة عند البدء في محاكمة المتهم طلب الى الكاتب تلاوة لائحة الاتهام فقط مع انه كان يتوجب ان يتقيد بأحكام المادة (٢١٥)كاملة ٠ وحيث ان الإجراء المنصوص عليه في هذه المادة هو من الاجراءات الجوهرية التي وضعت لحق المتهم ٠ وقد يتأتى عن اغفالها ما يمس بحقوق المدافعة فان عدم التقيد بها يستدعي البطلان ولو لم يرد نص على ذلك صراحة "[1] ويمكن ان ترد على القرار السابق الملاحظات التالية:

الملاحظة الاولى :ان محكمة التمييز قد توسعت في قرارها بحماية حقوق الدفاع واعتبرت ان مجرد مساس الإجراء المخالف بحق من حقوق الدفاع كاف لاعلان بطلانه ، ولم تشترط المحكمة احداث الإجراء المخالف لضرر يتمثل باهدار حقوق الدفاع لاعتباره باطلا٠

الملاحظة الثانية :لم تأخذ محكمة التمييز في هذا القرار – كما في قرارات عديدة– بقاعدة لابطلان الا بنص – رغبة منها في صيانة حقوق الدفاع المنصوص عليها في المادة ٢١٥ ، ومثل هذا التوجه يخالف السياسة العامة التي اتبعتها المحكمة في مثل هذه الحالات ٠ [٢]

الملاحظة الثالثة : ولعل الملاحظة الاكثر اهمية تتجلى بان الإجراء الذي تمت مخالفته والمتمثل بعدم تلاوة الضبوط وأسماء الشهود والوثائق الاخرى مع تلاوة لائحة الاتهام لا يخل بحقوق الدفاع ،لان المادة ٢٠٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية قد اوجبت على المدعي العام ان يبلغ المتهم صورة عن قرار الاتهام ولائحة الاتهام وقائمة باسماء الشهود قبل يوم

---

[1] تمييز جزاء ٧٧/١٩ ، مجلة نقابة المحامين ، السنة ٢٥ ،ص ١٣١٠

[2] د٠ معتصم مشعشع ، بطلان الاجراءات الجزائية في اجتهاد محكمة التمييز الاردنية ، مجلة المنارة ، جامعة آل البيت ،العدد الثالث ، لسنة ٢٠٠١ ، ص ١٠٧

المحاكمة بسبعة ايام على الاقل ، ويكون المتهم بذلك قد اطلع على قرار الاتهام وكافة بينات الدعوى وقام بتهيئة دفاعه • اضافة الى ان المتهم يستطيع مناقشة الضبوط وكافة البينات عند تقديمها للمحكمة ، وبذلك فان دفاعه لا يتأثر اذا لم يقم كاتب المحكمة بتلاوة تلك الوثائق في بداية المحاكمة• ومن المعلوم كذلك ان التلاوة المشار اليها تتم بسرعة ، وهي لا تغني عن الاطلاع الفعلي للمتهم او وكيله على ملف الدعوى ومناقشة البينات بالتفصيل •

وخلاصة القول ان مخالفة مثل هذا الإجراء يجب ان لا يترتب عليه البطلان لما سبق بيانه • وهو ما أخذت به المحكمة في قرار لاحق جاء فيه "ان الاجراء المنصوص عليه في المادة ٢٠٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية المتمثل في قيام المدعي العام بتبليغ المتهم صورة عن قرار الاتهام ولائحة الاتهام وقائمة باسماء الشهود قبل يوم المحكمة بسبعة ايام على الاقل لا يغني عن القيام بالاجراءات المنصوص عليها في المادتين ٢١٥ و٢١٦ من ذات القانون ويعد اغفال القاضي المترئس لهذه الاجراءات مخالفة للقانون لا يترتب البطلان عند اغفالها •• "

ثالثا :معيار واجبات المحكمة •

من المعايير غير المألوفة لدى الفقه والقضاء المقارن ،وخاصة في مصر وفرنسا، معيار واجبات المحكمة ، وهو المعيار الذي اخذت به محكمة التمييز في بعض القرارات الصادرة عنها ، فاذا توصلت محكمة التمييز الى ان الإجراء الذي تمت مخالفته هو من الاجراءات المنوط بمحكمة الموضوع القيام به كان الإجراء جوهريا ورتبت عليه البطلان •فقد جاء في احد احكامها ما يلي " اذا وقع اختلاف جوهري في شهادة الشاهد يتوجب على المحكمة عملا بالمادة ١٥٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ان تتلو اقوال الشاهد السابقة ، وان يامر الرئيس كاتب المحكمة بتدوين ما يظهر بينهما من الزيادة والنقصان بعد ان يستفسر منه عن اسباب ذلك، وبما ان هذا الإجراء **من واجبات المحكمة** فان عدم مراعاته يعيب الحكم ويجعله حقيقا بالنقض" [١] وجا في قرار اخر " على محكمة الموضوع اتباع اجراءات المحاكمة وفق ترتيب ورودها في القانون • ويستفاد من ذلك ان هذه الاجراءات **من واجبات المحكمة** ويقتضي القيام بها وفق ترتيب ورودها في القانون •••"[٢] كما عادت المحكمة الى معيار واجبات المحكمة في قرار اخر جاء فيه" ••• وان الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الاحداث تنص على انه اذا لم يعترف الحدث بالتهمة المسندة اليه تشرع المحكمة بسماع شهود الاثبات ويجوز لها او لوليه او وصيه ومحاميه مناقشة الشهود وان الفقرة الخامسة من نفس

---

(١) تمييز جزاء ٧٦/١٤٢ ، مجلة نقابة المحامين ، السنة ٢٥ ، ٥٢٦

(٢) تمييز جزاء ١٥١/ ٨٧ ، مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٨٩ ، العددان ١١+١٢ ،ص ٢٦٥٠

هذه المادة تجيز للحدث او وليه او وصيه او محاميه ان يناقش مراقب السلوك حول تقريره ٠ وحيث ان الاجراءات المنصوص عليها في تلك المواد هي من الاجراءات الواجب على المحكمة اتخاذها من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها الحدث وذلك حماية لمصلحة الحدث فان عدم مراعاتها يجعل الحكم مخالفا للقانون وحقيقا بالنقض "[١]

والواقع ان هذا المعيار الذي تأخذ به المحكمة في مجال البطلان الذاتي معيار غير مألوف في نطاق نظرية البطلان ٠ واذا كانت المحكمة تهدف من تعبير " واجبات المحكمة " ان المخالفة تتعلق بالنظام العام ، فهو تعبير غير دقيق، لان من واجبات المحكمة ان تحكم بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ، والفرق بين الحالتين انه في الحالة الاولى ، تقرر المحكمة البطلان من تلقاء نفسها، وفي الحالة الثانية تكون بناء على طلب من الخصوم ، فاذا تمسك الخصم بالبطلان كان من واجبات المحكمة الحكم به ٠ اضافة الى عدم وضوح معيار واجبات المحكمة الذي تأخذ به محكمة التمييز فان قول المحكمة بان الاجراءات التي تمت مخالفتها هي من الاجراءات التي من الواجب على المحكمة اتخاذها من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها الحدث، واعتبارها متعلقة بالنظام العام – كما جاء في القرار الاخير – يتناقض مع اعتبار هذه الاجراءات شرعت حماية لمصلحة الحدث .[٢]

رابعا : معيار تحقق الغاية من الاجراء

من المعايير الحديثة التي أخذت بها المحكمة معيار تحقق الغاية من الاجراء ٠ فهي ترى في بعض الاحكام الصادرة عنها انه اذا تحققت الغاية من الاجراء فلا يترتب على هذه المخالفة البطلان وان كان الاجراء مخالفا للقانون ، وهي تتجه بذلك نحو التضييق من حالات البطلان ، وتفعل دور القاضي في البحث عن غاية المشرع من الاجراء ولا تقصر دوره في تقرير البطلان بصورة الية٠ فقد جاء في احد القرارات الصادرة عنها " تتطلب المادة ١١٣ من قانون الاحداث من المحكمة ان تستدعي الحدث او وصيه ، وبما ان ولي الحدث قد حضر المحاكمة فتكون الغاية من دعوته لغايات هذه المادة قد تحققت ما دام ان القانون لم يرتب على غيابه بعد دعوته بطلان اجراءات المحاكمة "[٣] كما ترى ان مخالفة المدعي العام للاحكام الواردة في المادة ١٠٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الغاية منها الاستعجال في التحقيق والتي تقضي بانه يجب على المدعي العام ان يستجوب المشتكى عليه في ظرف اربع

---

[١] تمييز جزاء ١٣/ ٧٧ ،مجلة نقابة المحامين ، لسنة ٢٥ ، ص ٥٤٦

[٢] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٩٦

[٣] تمييز جزاء ١١٣ /٨٧ ،مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٨٩ ،ص ٢١٧٩

وعشرين ساعة ، ولم تكن غاية النص حماية حقوق الدفاع وانما تنظيم سير التحقيق ، وحث متخذه على الاسراع به . [١]

الفرع الثالث

مذهب "لا بطلان بغير ضرر" في أحكام محكمة التمييز

لا نستطيع القول –بداية – بوجود موقف محدد من القضاء اتجاه هذا المذهب ، لكن صدورقرار حديث عن محكمة التمييز تبنت فيه هذا المذهب ، استدعى الاشارة اليه ، مع التاكيد على ان مثل هذا القرار لا يشكل توجها من المحكمة نحو الاخذ بهذا المذهب ، وربما وروده بهذه الصيغة كان من باب الخلط ما بين النظريتين في قانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون اصول المحاكمات المدنية . فقد جاء في هذا القرار ما يلي " حيث ان المستقر فقها وقضاء ان لا بطلان الا بنص وانه لا يحكم بالبطلان رغم ورود النص عليه الا اذا ترتب **ضرر على مخالفة الإجراء او القانون** . وحيث انه لم يترتب ضرر للمتهم من جراء مخالفة نص المادة ٢١٥ من الاصول الجزائية . ذلك ان المتهم انكر التهمة المسندة اليه ولم يعترف بها . وبالتالي يكون هذا السبب موجبا للرد **مع التنويه انه يجب على محكمة امن الدولة ان لا تغفل عن تطبيق النصوص الاجرائية الآمرة في قانون الاصول** " [٢]

الفرع الرابع

دور القضاء في التمييز بين البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم

لم يكن موقف المحكمة من هذه المسالة واضحا كذلك ، ومما زاد في صعوبة تحديد هذا الموقف عدم استخدام محكمة التمييز مصطلح" النظام العام " في احكامها ، ففي بعض الاحيان تكتفي باضفاء صفة " الجوهري " او" الاساسي " على اجراءات متفق على اعتبارهـــا من النظام العام .وهي ترى ان جميع قواعد الاختصاص –بما فيها الاختصاص المكاني– تعد من النظام العام ، وقد حسمت بذلك خلافا فقهيا كبيرا حول هذه المسالة ، واعتبرت المحكمة في قرار صادر عن الهيئة العامة ان قواعد الاختصاص في المواد الجزائية من النظام العام ويترتب على مخالفتها البطلان ، وهو البطلان المتعلق بالنظام العام وان لم تصرح المحكمة

---

[١] تمييز جزاء ٧٥/٦٧ ، مجلة نقابة المحامين ،لنسة ١٩٧٦ ،ص ٩٦٢

[٢] يبدو ان محكمة التمييز الموقرة قد وقعت في تناقض واضح حين لم تقرر البطلان على هذه المخالفات ، وبنفس الوقت تنعى علـــى محكمة امن الدولة عدم مراعاتها للنصوص الامرة التي جرت مخالفتها في هذه الحالة . تمييز جزاء ٢٠٠١/٢٠٤ ، المجلة القضائية ، السنة ٥ ، العدد٤ ،ص ٣٣٣

بذلك .[١] وقد ذهبت محكمة التمييز الى ابعد من ذلك عندما اعتبرت ان مخالفة قواعد الاختصاص ترتب الانعدام وليس فقط البطلان. فهي ترى ان الحكم الصادر عن محكمة غير مختصة اختصاصا وظيفيا بنظر الدعوى يعتبر حكما منعدما . [٢]

كما تقرر المحكمة ان بعض اجراءات التحقيق الابتدائي تتعلق مخالفتها بالنظام العام . فقد جاء في احد قراراتها ، ان التحقيق الذي يقوم به ملازم – ضابط – دون ان يكون لديه انتداب باجرائه يعتبر باطلا ولا يبنى عليه حكم . والمحكمة وان لم تبين نوع البطلان المترتب على هذه المخالفة الا انه يفهم من منطوق الحكم ان البطلان متعلق بالنظام العام ، لانها تقرر " انه لا يبنى حكم على هذا الاجراء " [٣]

وتعتبر المحكمة ان اجراء المحاكمة سرا خلافا لمبدأ علنية الجلسات يرتب بطلانا متعلقا بالنظام العام . وترى ان من حق محكمة التمييز نقض الحكم من تلقاء نفسها . [٤]

وبالمقابل فانها لاترى في اجراء المحاكمة علنا في الحالات التي يتطلب المشرع فيها ان تكون المحاكمة سرا سببا موجبا للبطلان . فهي تقررفي هذه الحالة " انه لا يترتب على عدم مراعاة ما ورد بنص المادة ١٧١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ،وهو عدم اجراء المحاكمة سرا بطلان الاجراءات "

كما ان محكمة التمييز ارتقت بالقواعد المتعلقة بحقوق الدفاع الى درجة تقترب من النظام العام وان استخدمت مصطلح المخالفات الجوهرية او الاساسية او مصطلح واجبات المحكمة . وتقول في احد قراراتها " تشترط المادة ١٦٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية لتلاوة افادة الشاهد وجود الحالات المنصوص عليها في هذه المادة ولا تجوز التلاوة ولو بموافقة المدعي العام والدفاع او تصريح الدفاع بعدم رغبته في مناقشة الشاهد . من واجب المحكمة

---

[١] تمييز جزاء ٩٧/٧٦٥ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٨ ،العدد ٥ ،ص ١٥٥٩

يرى جانب من الفقه عدم اعتبار قواعد الاختصاص المكاني من النظام العام استادا الى ان المشرع المصري لم ينص عليه في المادة ٣٣٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، انظر على سبيل الثال ، د. رؤوف عبيد ،المرجع السابق ، ص ٥٨٠ ،د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٣٨ في حين يرى الغالبية من الفقهاء ان جميع قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام لانها وضعت لحسن سير العدالة بغض النظر عن تحقق مصلحة المتهم انظر على سبيل المثال من اصحاب هذا الرأي د. ادوار غالي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٨ ،د. محمود محمود مصطفى ،المرجع السابق ،ص٣٥٦ ، د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦ ، د. حسن جوخدار ، ج١+٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩

[٢] تمييز جزاء ٢٥ / ٨١ ، مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٨١ ، ص ١٣١٧

[٣] تمييز جزاء ٥٤/٨ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٥٤ ، ص ٤٥٣

[٤] تمييز جزاء ٣٩ / ٧٨ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٧٨ ،ص ٣٤١

الاستماع الى الشاهد مما يتسنى لها تقدير البينات" [١] ،فهي ترى انه اذا كان اعتراف المتهم لا يتطابق مع الافعال المسندة اليه فيجب على المحكمة سؤاله ان كان يرغب باعطاء افادة دفاعا عن نفسه وفق احكام المادة ٢٣٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمخالفة هنا جوهرية لانها تحرم المتهم من حق الدفاع . [٢] كمااعتبرت استمرار التحقيق الشفوي مع المتهم لمدة اربع ساعات وتدوين افادته حتى ساعة متأخرة من الليل ومناقشة المحقق للمتهم يعتبر استجوابا يخرج عن صلاحياته عملا باحكام المادة ٤٨من قانون اصول المحاكمات الجزائية ،مما يرتب البطلان على هذه الافادة ولا يجوز التعويل عليها في الحكم اذ **انها تتعلق بحقوق اساسية للدفاع** [٣] .

وترى المحكمة في قرارات اخرى انه بالرغم من ان الاجراء الذي تمت مخالفتة يعد من النظام العام فانه لا يترتب على مخالفته البطلان ما دام انه تم تصحيحه واصبح مطابقا للقانون فقد قضت في احد قراراتها ان انعقاد المحكمة –أي محكمة الموضوع – من قاضيين في جلساتها الاولى والثانية بدل ثلاثة قضاة كما يتطلب القانون ، وقيام المحكمة بتدارك هذا الخطأ في جلسات لاحقة فان مثل هذا التصحيح من شأنه ان يعدم اثر البطلان الذي شاب الإجراء الباطل . [٤]

والواقع ان الحكم على مدى صواب هذا الاتجاه يعتمد على ماهية الاجراءات التي تم اتخاذها في الجلستين الاولى والثانية ، فان استمعت المحكمة الى بعض البينات واجرت تحقيقا في الدعوى ثم اعتمدت على هذه البينات في حكمها النهائي فتكون في هذا القرار قد جانبت الصواب ، والاصل ان تقرر بطلان الاجراءات التي تمت بناء على التشكيل غير القانوني للمحكمة ، اما اذا كانت تلك الاجراءات من الاجراءات الافتتاحية في الدعوى ولم تقم المحكمة بمناقشة الادلة ، فانني مع اتجاه المحكمة ولو كان الاجراء متعلقا بالنظام العام .

والحقيقة ان محكمة التمييز لم تصرح في اغلب قراراتها بلفظ البطلان المتعلق بالنظام العام او المطلق ، الا انها قررت في احد احكامها الحديثة – نسبيا – ان مخالفة الاجراءات

---

[١] تمييز جزاء ١٠٠ / ٩٤ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٤ ، ٢٣٤٦، والقرار ١٢٠ / ٩٤ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة١٩٩٤ ، ص ٩٤٥ وقد جاء في قرار المخالفة للقرار رقم ١٠٠ ان هذه المخالفة ليست من الاجراءات التي اوجب القانون مراعاتها تحت طائلة البطلان ولم يبن حكم على هذه المخالفة وبذلك لا يجوز للمحكمة ان تتصدى للنقض من تلقاء نفسها .

[٢] تمييز جزاء ٩٩/٣٣٤ ، مجلة نقابة المحامين ،العدد ١٢ ،لسنة ١٩٩٩ ، ص ٤١٧٥

[٣] تمييز جزاء ٣٦٩/ ٩٨ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٩، العددان ٩+١٠ ، ص ٣٢٣٤

[٤] تمييز جزاء ٧١٠ /٩٧ ، مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٩٨ ،العددان ٣+٤ ، ص ٩٧٨ تقرر محكمة التمييز ان انعقاد محكمة الجنايات من قاضيين يعتبر باطلا اذا كانت عقوبة الفعل المسندة الاشغال الشاقة خمسة عشر عاما ويعتبر تشكيل المحكمة من النظام العام فاذا قامت المحكمة بتصحيح الإجراء الباطل المتمثل بانعقادها من قاضيين واستدركت هذا الخطأ فان من شانه ان يعدم اثر البطلان الذي شاب الإجراء الباطل . هنالك قرار مخالفة في هذه الدعوى يرى ان مثل هذا الإجراء المتعلق بالنظام العام لا يقبل التصحيح وان انعقاد المحكمة من قاضيين بخلاف ما يوجبه القانون يعد اجراء باطلا ويبطل ما يترتب عليه من اجراءات .

الواردة في المادة ٢٣٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية يرتب البطلان لانه يتعلق بحق الدفاع الذي لا يجوز المساس به وهو من **النظام العام** ،وللمحكمة اثارته من تلقاء نفسها . [١]

كما سبق لها ان قررت انه لما كان الاختصاص الوظيفي من **النظام العام** فلمحكمة التمييز التعرض له ولو لم يثره المميزون او النيابة العامة ويكون الحكم الصادر في هذه الجريمة عن محكمة امن الدولة **باطلا بطلانا مطلقا** . [٢]

[١] تمييز جزاء ٢٠٠٠/٧٣٠ ، غير منشور ، ومما جاء فيه " وحيث ان محكمة الجنايات الكبرى قد توصلت الى ان من شأن هذا التعديل للوصف الجرمي للافعال التي قنعت بارتكاب المميزين لها ان يعرضهما لعقوبة اشد ، فانها لم تبلغ المميزين هذا التعديل ليتمكنا من تحضير دفاعهما عن التهمة المعدلة . وحيث ان ذلك يتعلق بحق الدفاع الذي لا يجوز المساس به وهو من النظام العام ، ولمحكمتنا اثارته من تلقاء نفسها ، فان الحكم المميز يغدو سابقا لاوانه ومستوجب النقض "

[٢] تمييز جزاء ٩٤/ ٧٤ ، مجموعة الاحكام الجزائية ، للمحاميين محمد ويوسف خلاد ، المرجع السابق ، ص ١٠٢٠ ، يبدو ان المحكمة في هذا القرار لم تكتف بالقول بان مخالفة قواعد الاختصاص من النظام العام بل اكدت ان الحكم يكون في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا.

الفصل الثالث

نظرية البطلان في التشريعات المقارنة

يسود معظم التشريعات الاجرائية الجزائية المعاصرة توجه نحو التضييق من حالات البطلان ، للتقليل من الاضرار التي يمكن ان تنجم عن التوسع في تقريره عند مواجهة قاعدة اجرائية قد لا يستدعي الامر بطلان الإجراء المتخذ خلافا لاحكامها . لذلك فانه ليس من حسن السياسة التشريعية المغالاة في النص على البطلان عند مخالفة كل قاعدة اجرائية مهما صغر شأنها او قل الضرر المترتب على وقوعها .[١]

وبالمقابل فان التضييق من هذه الحالات الى الحد الذي تتعرض فيه مصالح الافراد وحقوقهم الى خطر الاعتداء عليها من قبل الاشخاص الذين يباشرون اجراءات مخالفة للقانون بشكل جسيم ، سيؤدي الى الاخلال بدور البطلان كنظام يهدف الى تحقيق الرقابة الفعالة على الاعمال الاجرائية المختلفة . من هنا تباينت مواقف التشريعات من هذه المسألة ، سواء في موقفها من مذاهب البطلان او تقسيماته المختلفة .

وتتفاوت التشريعات الجزائية في النص على البطلان كجزاء اجرائي . فمنها من لم يتعرض الى البطلان القانوني اوالذاتي على حد سواء ، ومنها من فصل في بيان احكامه وآثاره ، على نحو يمكن معه ان يشكل نموذجا يحتذى به في هذا الخصوص . وبين هذه وتلك ، تختار اغلب التشريعات موقفها من مسائل البطلان المختلفة .

ومن التشريعات العربية التي تطرقت الى نظرية البطلان بصفة عامة التشريع العراقي في القانون الحالي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ ، حيث ورد في المادة ٢٤٩ منه ان من اسباب التمييز وقوع خطأ جوهري في الاجراءات الاصولية وكان الخطا مؤثرا في الحكم ، ولا يعتد بالخطأ في الاجراءات اذا لم يكن ضارا بدفاع المتهم . وهذه اشارة واضحة الى نظرية البطلان الذاتي المبنية على مبدأ لا بطلان بغير ضرر .

ومن التشريعات العربية التي لم تعن بنظرية عامة في البطلان ، تلك التشريعات التي تاثرت بالنظام الانجلوسكسوني كالتشريع السوداني . والحقيقة انه حتى في ظل التشريعات التي لم تتطرق الى نظرية البطلان بنصوص صريحة ، فان ذلك لا يعني عدم وجود جزاء على مخالفة القواعد الجوهرية او الاساسية ، والقول بغير ذلك يفقد هذه القواعد صفة الجزاء

---

(١) Merel et Vitue , trite de droit criminal , op.cit , P ٤٧٥

التي تتمتع به القاعدة القانونية ، فضلا عن ان هذه القواعد تصبح غير ذات فائدة ، ولا جدوى من النص عليها اذا لم تقترن بالجزاء • [١]

ومن التشريعات من ياخذ اغلب احكامه عن تشريع معين ،بما في ذلك الاحكام المتعلقة بالبطلان ، كما فعل المشرع الليبي متاثرا بالمشرع المصري • ومن التشريعات من ياخذ الاحكام المتعلقة بالبطلان عن تشريع آخر ، وربما نقل النصوص المتصلة بالبطلان عن تشريعات متعددة ، فتغدو نصوصه- حينئذ في هذا الموضوع- متعارضة ومتضاربة مع بعضها البعض •الامر الذي يؤدي في كثير من الاحيان الى اختلاف في الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بكل مسألة من مسائل البطلان المختلفة •ومن التشريعات التي اختلفت في موضوع البطلان عن التشريع الذي يعتبر اصلا لها ، التشريع الاردني الذي اتجه في التعديل المتعلق بالبطلان صوب النظام القانوني المصري ولم يتاثر باي من القانونين السوري او اللبناني الذين يعدان من اهم مصادره •[٢]

أما وقد بينا موقف المشرع الاردني من نظريات البطلان وتقسيماته في الفصل السابق فانه لا بد من بيان مواقف التشريعات المقارنة في هذا الفصل ، واخترت من التشريعات العربية – كنموذج للدراسة – التشريعين المصري واللبناني لان التشريعين المذكورين تربطهما صلة وثيقة بتشريعنا ، حيث أخذت اغلب أحكام قانون اصول المحاكمات الجزائية عن التشريع الاخير ، بينما اخذت الاحكام المتعلقة بالبطلان عن التشريع المصري ، فضلا عن ان اغلب التشريعات العربية تاثرت بهذين التشريعين بصورة او باخرى ، ومن التشريعات الاجنبية بالتشريعين الفرنسي والايطالي •

والحقيقة ان اغلب التشريعات الحديثة تسعى الى الحد من اسباب بطلان الاجراءات الجزائية بغية تامين سرعة البت في الدعاوى في اطار حماية حقوق الدفاع الاساسية ، وهي بذلك تقرر بطلان الاجراءات الجوهرية ،مع اضافة بعض التشريعات شرطا آخر وهو بان تكون المخالفة قد رتبت ضررا للفريق الذي يتمسك بالبطلان ، فلا يكفي وفق منهج هذه التشريعات ان تكون القاعدة التي خولفت جوهرية ، بل لا بد من وقوع ضرر لمن يريد ان يتمسك بالبطلان [٣].

---

[١] د• محمود محمود مصطفى ، تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٤

[٢] أخذت المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني عن مشروع قانون الاجراءات الجنائية المصري •

[٣] د • مصطفى العوجي ، حقوق الانسان في الدعوى الجزائية ، مؤسسة نوفل بيروت ،ط١ ، ص٩٨٩ ٦٩٩

والواقع ان اختيار هذه التشريعات لا يعني عدم التطرق الى غيرها ضمن اجزاء الدراسة المختلفة ، وانما كان اختيارها اما لوجود صلات وخصائص مشتركة معها ، او للاستفادة من التجربة الغنية التي يتمتع بها القضاء في هذه الدول ، وخاصة في مجال بطلان الإجراء الجزائي والاحكام المتعلقة به .

وبناء على ما سبق يمكن تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الاول : البطلان في القانون المصري .

المبحث الثاني : البطلان في القانون اللبناني .

المبحث الثالث : البطلان في القانون الفرنسي .

المبحث الرابع : البطلان في القانون الايطالي .

المبحث الاول

البطلان في القانون المصري

لم يأخذ المشرع المصري في قانون تحقيق الجنايات الصادر عام ١٨٨٣ والمعدل سنة ١٩٠٤ – والذي الغي بموجب قانون الاجراءات الجنائية الحالي – بنظرية عامة للبطلان ، سواء كان ذلك في مرحلة التحقيق الابتدائي او المحاكمة ٠ واكتفى بالنص على حالات معينة قرر فيها البطلان ؛ ومن هذه الحالات ما ورد في المادة ١٤٥ من هذا القانون والتي توجب تحليف الشاهد اليمين القانونية والا اعتبر العمل لاغيا ، او ما ورد في المادة ١٤٩ من نفس القانون من ان حكم الادانة يجب ان يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للحكم وان ينص على القانون الذي تم الحكم بموجبه ، والا اعتبر العمل لاغيا ٠ وكذلك ما ورد بشان علنية الجلسات واعتبار اي مخالفة لهذه القاعدة تجعل من العمل لاغيا (المادة ٢٣٨) ٠وبطلان الاجراءات السابقة على انعقاد الجلسة ، والتي يجب ابداؤها قبل المرافعة ٠(المادة ٢٣٦)

وفي ضوء حالات البطلان السابقة يرى جانب من الفقه ان المشرع المصري قد تبنى في هذا القانون نظرية البطلان القانوني ٠ (١) وبنفس الوقت فانه اغفل تنظيم احكام البطلان اغفالا تاما باستثناء ما ورد في المادة ٢٣٦ التي اوجبت في الاجراءات السابقة على الجلسة ان تبدى قبل سماع اول شاهد من شهود الدعوى او قبل المرافعة اذا لم يكن هنالك شهود ، والا سقط حق الاحتجاج بها ٠ (٢) وقد حاول رجال الفقه والقضاء في ضوء النقص التشريعي سد هذا القصور عن طريق اعتماد نظرية البطلان الذاتي ، التي تقضي ببطلان كل اجراء مخالف لقاعدة جوهرية او اساسية من قواعد هذا القانون ٠وكانت المحاكم تهتدي بالحكمة من التشريع للوقوف على صحة الإجراء او بطلانه ٠ (٣)

هذا فيما يتعلق بموقف بالموقف القديم للمشرع المصري في ضوء قانون تحقيق الجنايات ، اما عن موقف المشرع المصري في ضوء قانون الاجراءات الجنائية الحالي فيمكن بيانه ضمن المطلبين التاليين :

المطلب الاول : موقف المشرع المصري من مذاهب البطلان

المطلب الثاني : موقف المشرع المصري من تقسيمات البطلان

---

(١) د٠ سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٦٢

(٢) د٠ احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص ١٣٤

(٣) د مصطفى القللي ، المرجع السابق ص ٥٥٤ ، د٠ حسن المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ٧٢٨

المطلب الاول

موقف المشرع المصري من مذاهب البطلان

خصص المشرع المصري الفصل الثاني عشر من الباب الثاني الوارد في الكتاب الثاني من قانون الاجراءات الجنائية لتنظيم احكام البطلان ،وذلك في المواد من ٣٣١ – ٣٣٧ . واوضح أحكامه ، على خلاف الوضع السابق في القانون القديم .

والملاحظة الشكلية التي تسترعي الانتباه -بداية – هي مدى صواب التبويب الذي اتبعه المشرع المصري عندما وضع نصوص هذه النظرية الهامة تحت باب يتعلق بـــ (محاكم المخالفات والجنح) مع ان المنهج التشريعي السليم في تبويب مواضيع القانون ، يقتضي ان توضع هذه النظرية التي تعنى بجميع قواعد القانون في باب تمهيدي مستقل يتعلق بالاحكام العامة ، او ضمن باب مستقل في الاحكام الختامية ، فهي من العمومية بحيث تحكم جميع اجراءات الدعوى وفي مراحلها المختلفة . [1] ومن حيث الموضوع فيمكن استعراض موقف المشرع المصري من مسائل البطلان في النقاط التالية :

اولا : الموقف التشريعي من مذهب البطلان القانوني .

اما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري من نظريات البطلان ، فباستقراء القواعد المنظمة له ، نجد ان المشرع قد انحاز الى نظرية البطلان الذاتي كأصل عام ، لكن ذلك لم يمنعه من التدخل بنصوص صريحة لتقرير البطلان في احوال خاصة ونادرة . والواقع ان النص على هذه الحالات القليلة لا تعطي مؤشرا على اعتناقه نظرية البطلان القانوني ، والدليل على ذلك ما افرده من تفصيل للتفريق بين الإجراء الجوهري من الإجراء غير الجوهـــري [2] وبالرغم من الخلاف القائم بين الفقهاء حول النصوص التي ورد بشأنها البطلان صراحة ، هل تنحصر في المادة ٢/٣١٢ ام ان هنالك حالات اخرى ؟ [3] فانه يمكن استعراض الحالات التي اشار اليها الفقهاء ،كأمثلة على البطلان القانوني، وعلى النحو الاتي:

---

(١) د.احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٨

(٢) د . سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٦٣

(٣) من الفقهاء الذين قالوا ان البطلان القانوني في القانون المصري ينحصر في حالة واحدة د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٧، ود.جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ،٥٦٦ ، انظر كذلك د. محمد الجبور ، المرجع السابق ، ص ٥٣٧ ومن الفقهاء الذين قالوا بوجود حالات اخرى انظر د مأمون سلامه، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ ، د. عوض محمد ،المرجع السابق ، ص ٥٧٤

اولا: ما ورد في المادة ٣١٢ /٢ من بطلان الحكم الجنائي اذا مضى على النطق به ثلاثون يوما دون توقيعه من قبل القاضي ، ولا يسري البطلان في هذه الحالة اذا صدر الحكم بالبراءة مراعاة لمصلحة المتهم من ان تتضرر بسبب ليس له يد فيه ٠ وعلة النص على البطلان في هذه الحالة هي خشية المشرع من حصول اللبس عندما اوجب على القاضي التوقيع على الحكم خلال ثمانية ايام من النطق به بقدر الامكان ، ثم عاد واطال الميعاد المذكور الى ثلاثين يوما ،بحيث يبطل الحكم اذا لم يحرر خلال المدة الاخيرة ٠ فرأى ان يحسم الامر ويقرر البطلان عند مخالفة المدة الثانية دون الاولى ٠ وبذلك يعتبر الميعاد الاول ارشاديا في حين يعتبر الموعد الثاني حتميا او جوهريا ويترتب على مخالفته البطلان [١].

ثانيا: بطلان الحكم الجنائي الخالي من اسبابه ،سندا لاحكام المادة ١/٣١٢ ٠ ويكفل التسبيب في هذه الحالة تحقيق المصلحة العامة وحسن ادارة العدالة وهو يضمن احترام حقوق الدفاع عن طريق معرفة الاسباب التي دفعت المحكمة لادانته . [٢]

ثالثا : بطلان الاجراءات التي تقع خلافا لاحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة ، او بولايتها بالحكم في الدعوى ، او باختصاصها النوعي ٠ وهذا ما اكدته المادة ٣٣٢ من نفس القانون والتي اعتبرت هذا البطلان متعلقا بالنظام العام ٠

رابعا: بطلان التكليف بالحضور والاجراءات المنظمة له اذا وقع خلافا للاحكام القانونية التي تبين شروطه واحكامه ٠ وهذا الحكم مستفاد من نص المادة(٣٣٤)

خامسا: ما ورد في المادة ٣٠٢ من ان كل قول يثبت انه صدر من احد المتهمين او الشهود تحت وطأة الاكراه او التهديد يهدر ولا يعول عليه ٠

سادسا: بطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي والنهائي ، وهذا الحكم مستفاد من نص المادة ٣٣٣ [٣]

هذا فيما يتعلق بحالات البطلان القانوني ،ومن جهة أخرى نص المشرع المصري بالقانون المعدل لقانون الاجراءات والعقوبات رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٨ على حالة استبعد المخالفة الواقعة بمقتضاها من نطاق البطلان ٠ حيث تنص المادة ٣٤ مكرر من قانون الاجراءات الجنائية المصري على ما يلي " على مأموري الضبط القضائي ومرؤوسيهم ورجال السلطة العامة ان يبرزوا ما يثبت شخصياتهم وصفاتهم عند مباشرة أي عمل او اجراء

---

[١] د٠ محمود محمود مصطفى ، تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية ، المرجع السابق ، ص ٢٦

[٢] د٠ سليمان عبد المنعم ، اصول الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص٩٣

[٣] د٠ حسن المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون الاجراءات الجنائية مع تطوراته التشريعية ومذكراته الايضاحية واحكام النقض في خمسين عاما ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨١، ص ١٠٠٩

منصوص عليه قانونا ولا يترتب على مخالفة هذا الواجب **بطلان العمل او الإجراء** وذلك دون الاخلال بتوقيع الجزاء التاديبي "

كما ورد حكم مشابه للمادة السابقة عندما نص في المادة ١٦٣ من نفس القانون على مايلي " لا يترتب على القضاء بعدم الاختصاص بطلان اجراءات التحقيق "

من الواضح ان المشرع في هذه الحالات ازال أي لبس بشان المخالفة المرتكبة ، ولم يترك مجالا لاجتهاد القاضي في هذه الحالة، حيث قرر ان الإجراء المتخذ خلافا لهذه القاعدة يبقى صحيحا منتجا لآثاره ، وكأن المخالفة غير موجودة ، ولا يحول ذلك – حسب مقتضى النص – دون توقيع الجزاء التاديبي ٠

وعلى الرغم مما جاء في المذكرة الايضاحية ، من ان هذا النص يعتبرمن النصوص الحضارية التي تكفل احترام الانسان من الافتئات عليها من قبل رجال السلطة العامة ، فانه كان الامل معقودا على المشرع المصري ان ياخذ بما ورد في مشروع هذا القانون الذي لم يكتف بالجزاء التاديبي ، بل اضاف اليه جزاء اجرائيا هاما وهو البطلان (١)

ثانيا : الموقف التشريعي من مذهب البطلان الذاتي ٠

اتضح لنا مما سبق ان القاعدة العامة في قانون الاجراءت الجنائية المصري فيما يتعلق بنظريات البطلان هي الاخذ بنظرية البطلان الذاتي ، وقد ورد النص صراحة على هذه النظرية في المادة٣٣١ والتي تنص على ما يلي " يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة باي اجراء جوهري "

اذا ، استبعد المشرع من نطاق البطلان أي مخالفة لإجراء غير جوهري ، وهو بذلك يلقي على كاهل القاضي عبء التمييز بين الإجراء الجوهري من غير الجوهري ٠ وقد بينت المذكرة الايضاحية الاسباب الداعية لتنظيم البطلان ، وارشدت القاضي الى ضابط التفرقة بين الإجراء الجوهري وغير الجوهري ، ومما ورد فيها " خلا القانون الحالي (الملغي) من بيان القواعد العامة التي تتبع في احوال البطلان عند مخالفة بعض الاجراءات دون البعض الاخر مما قد يؤدي الى الوقوع في الخطأ ٠ لذلك رؤي لتلافي هذا النقص وضع القواعد التي تبين الاحوال التي يحكم فيها بالبطلان ومدى البطلان اذا حكم به ، فاذا كان الغرض من الإجراء ليس الا الارشاد والتوجيه فلا بطلان اذا لم يراع هذا الإجراء لانه ليس جوهريا ، فمثلا اذا

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر د٠ ادوار غالي الذهبي ، شرح تعديلات قانون الاجراءات الجنائية رقم ١٧٤ لسنة١٩٩٨ ، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط ١٩٩٩ ص ٨٦ ، وكذلك د٠ عبد الفتاح مراد التعليق على قانون الاجراءات الجنائية المعدل ، ص ٢٣٤

نص القانون على وجوب الحكم في الاستئناف في ظرف ٣٠ يوما ولم يراع هذا الميعاد فلا بطلان ، اما اذا كان الغرض من الإجراء هو المحافظة على مصلحة عامة او مصلحة المتهم او غيره من الخصوم فانه يكون جوهريا ،ويترتب على عدم مراعاته البطلان · ولمعرفة الاحكام الجوهرية يجب الرجوع الى علة التشريع " [١]

من الواضح ان المشرع المصري لم يتخذ معيارا محددا يبين في ضوئه القواعد الجوهرية او الاساسية ، لذلك تعددت المعايير التي ذكرها الفقهاء في بيان الإجراء الجوهري من الإجراء التنظيمي ·من هذه المعايير معيار المصلحة العامة في حسن سير الجهاز القضائي [٢] ومعيار مصلحة الخصوم حيث تعتبر جميع الاجراءات الخاصة بحضورهم اجراءات التحقيق واعلانهم بها ، اجراءات جوهرية · كما تعتبر القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع من القواعد الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان ، كوجوب تعين محام عن المتهم في جناية امام محكمة الجنايات ، ووجوب استجوابه قبل حبسه احتياطيا ، والاجراءات الخاصة بالقبض والتفتيش ، وحضوره اجراءات المحاكمة · [٣] وقيل بمعيار الغاية من الإجراء بحيث يكون الإجراء جوهريا اذا كانت الغاية منه الحفاظ على المصلحة العامة او مصلحة الخصوم ، اما ان كانت الغاية من الإجراء هي التوسعة او التيسير او الاخذ بالاولى فيكون غير جوهري ·لذلك يعتبر جوهريا وفقا لهذا المعيار ، جميع الاجراءات الخاصة بتحريك الدعوى الجنائية ورفعها ومباشرتها واجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق بالجلسة واصدار الاحكام · [٤]

ومن الفقهاء من يرى ان المذكرة الايضاحية قد تضمنت خلطا بين الاجراءات المتعلقة بالنظام العام والاجراءات الجوهرية المتعلقة بمصلحة الخصوم ، لانها قالت ان من النوع الاخير ما يكون الهدف منه المحافظة على المصلحة العامة ، وبذلك فان تفسير المذكرة الايضاحية للمصلحة العامة بانها ما قصد بها مصلحة المتهم او غيره من الخصوم فيه خلط

---

[١] د· عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٤

[٢] د· مامون سلامه ، المرجع السابق ، ص ص ٣٣٨-٣٤٠

[٣] وقد قرر القضاء ان مخالفة مثل هذه القواعد يرتب البطلان · نقض٤/٥/١٩٨٠ مجموعة الاحكام ، رقم ١١ ، ص ٥٧٩ ،نقض ١٨/٥/١٩٨٠ مجموعة الاحكام رقم ١١٢ ،ص ٦٣١ ، نقض ٢/٢٥ /١٩٧٩ مجموعة الاحكام رقم ٥٨ ، ص ٢٩١ ، نقض ٥/٦ /١٩٧٩ مجموعة الاحكام ، رقم ١١٢ ،ص ٥٢٦

[٤] د· مامون سلامه ، المرجع السابق ، ص ٣٤١

وعدم دقة • فالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم يمتاز ببعض الاحكام الخاصة عن البطلان المتعلق بالنظام العام •

وعودا الى المادة ٣٣١ المتعلقة بالاجراء الجوهري يرى جانب من الفقه في تعليقه على هذه المادة انها معيبة من ناحيتين : الاولى ان المشرع قد خلط بين العمل الاجرائي والشكل الاجرائي ، والثانية اغفاله البطلان المترتب على مخالفة القواعد الموضوعية وهي، السلطة والمحل والسبب ، أي انه اقتصر على تنظيم البطلان الشكلي دون الموضوعي •[١] ويقترح لذلك نصا بديلا هو " يترتب البطلان على عدم مراعاة القواعد الجوهرية في هذا القانون " [٢]

والواقع ان الانتقاد السابق في محله ، فالمخالفة تتم لقاعدة جوهرية وذلك عن طريق الاجراءات المختلفة ، فالجوهرية صفة للقاعدة وليست للاجراء المتخذ بمقتضاها • ولكن المشكلة تبقى قائمة في التمييز بين القاعدة الجوهرية من القاعدة غير الجوهرية •

هذا فيما يتعلق ببيان الإجراء الجوهري ، اما الاجراءات غير الجوهرية فلم يتناولها المشرع المصري بنص خاص ، وانما وردت بشانها بعض الامثلة في المذكرة الايضاحية حين قالت "اذا كان الغرض من الإجراء هو الارشاد والتوجيه فلا بطلان فاذا نص القانون على وجوب الحكم في الاستئناف في ظرف ثلاثين يوما ولم يراعى هذا الميعاد فلا بطلان " ومن الاجراءات غير الجوهرية ترتيب الاجراءات في الجلسة ، وما يتطلبه القانون من سؤال المحكمة للمتهم عن الفعل المسند اليه [٣]

---

(١) د• حسن المرصفاوي ، المرصفاوي في اصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٧٣٢ ، محمد ابراهيم كامل ، المرجع السابق ، ص٣٩

(٢) د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٦

(٣) د• مدحت الحسيني ، المرجع السابق ، ص ٢٣

المطلب الثاني

موقف المشرع المصري من تقسيمات البطلان

يعود أمر تقسيم البطلان في الغالب الى الفقه ، ولا تولي التشريعات المختلفة هذه المسألة الاهتمام المطلوب بها ، تاركة الامر الى الفقهاء الذين تراوحت مواقفهم في هذا الموضوع بين من لا يرى في البطلان الا نوعا واحدا ، ومن يرى بتعدده الى انواع كثيرة .

من التقسيمات التي قال بها الفقهاء تقسيم البطلان الى عام وخاص ، حيث يكون البطلان عاما اذا كان المشرع قد جعله جزاء لمخالفة طائفة معينة من القواعد اضفى عليها صفة معينة دون ان ينص على البطلان لكل قاعدة على حدة . [1] كالاحكام الواردة في المادة ٣٣٢ والتي تقرر بطلان جميع الاجراءات المتعلقة بالنظام العام . ويكون البطلان خاصا اذا نص المشرع عليه بصدد كل حالة على حدة . ومثاله الحالات التي سبقت الاشارة اليها عند الحديث عن البطلان القانوني . ومن الفقهاء من يقسم البطلان الى بطلان موضوعي وآخر شكلي ، وبطلان كلي وآخر جزئي .

ولعل التقسيم الاهم من بين هذه التقسيمات ،هو ما نص عليه المشرع المصري صراحة من تقسيم للبطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان النسبي او (المتعلق بمصلحة الخصوم). فقد نصت المادة ٣٣٢على ما يلي "اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة او بولايتها بالحكم في الدعوى او باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها او بغير ذلك مما هو متعلق **بالنظام العام** جاز التمسك به في اية حالة كانت عليها الدعوى ، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب " [2]

واستنادا لهذا النص يبطل تشكيل المحكمة اذا لم تكون من العدد المقرر من القضاة ، او اذا لم تكن النيابة العامة ممثلة بالجلسة . كما تعتبر اجراءات المحكمة باطلة اذا نظرت دعوى تخرج عن ولايتها ، او دعوى مخالفة لقواعد الاختصاص النوعي او الشخصي . والواقع من الامر ان هذه الحالات لم ترد على سبيل الحصر وانما على سبيل المثال . فقد اضافت اليها المذكرة الايضاحية حالات اخرى هي " مخالفة الاحكام المتعلقة بعلانية الجلسات وتسبيب الاحكام وحضور محام عن المتهم في جناية واخذ رأي المفتي عند الحكم بالاعدام واجراءات

---

(١) د معتصم مشعشع ، المرجع السابق ، ص ٤١٦

(٢) يبدو ان هذا النص قد نقل الى اغلب الشريعات العربية التي اخذت بنصوص محددة للبطلان . انظر على سبيل المثال المادة ٢/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، والمادة ٢٢٢ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي ، والمادة٣٣٣ من قانون الاجراءات اليمني ، لمزيد من الفصيل انظر د. محمود محمود مصطفى ، تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية ، المرجع السابق ، ص ص ٢٤ —٢٥

الطعن في الاحكام " وفي خلاف هذه الحالات يعود الامر الى القاضي ليحدد نوع البطلان ان كان متعلقا بالنظام العام ام بمصلحة الخصوم ٠

قد يدعو ظاهر نص المادة(٣٣٢) الى القول بانه لم يتناول الا الاحكام المتعلقة بالمحاكمة، لكن الواقع خلاف ذلك ، فقد اضاف المشرع المصري الى نهاية الامثلة التي قام بتعدادها عبارة " او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام " مما يعني ان جميع اجراءات التحقيق الابتدائي المتعلقة بالنظام العام تدخل في حكم هذه المادة ٠ [١]

اما فيما يتعلق بالبطلان النسبي او الاجراءات الجوهرية المتعلقة بمصلحة الخصوم فقد اشارت المادة(٣٣٣) لمثل هذه الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي او التحقيق بالجلسة ٠ واضافت المذكرة الايضاحية حالات اخرى كالاحكام الخاصة بالتفتيش والضبط والقبض والحبس الاحتياطي والاستجواب والاختصاص المكاني ٠[٢]

والخلاصة ان قانون الاجراءات الجنائية المصري من القوانين العربية القليلة التي اولت اهمية خاصة لنظرية البطلان ، ويعد اول قانون عربي يضع نظرية عامة للبطلان ٠ وبالرغم من المزايا التي جاء بها هذا القانون الا انه ما زال بحاجة الى تعديل ٠ فالمنهج الذي اتبعه في الاخذ بنظرية البطلان الذاتي يلزمه – وفق النظرة الحديثة للبطلان – الاخذ بشكل متواز بنظرية البطلان القانوني ٠ فالى جانب النص على حالات معينة للبطلان يترك الامر فيما سواها للقاضي كي يقرر فيما اذا كانت المخالفة قد تمت لقاعدة جوهرية ام لا ٠ومن افضل المذاهب التشريعية تلك التي تجمع بين النظريتين في نظام قانوني واحد ٠ [٢]

وهذا ما اتبعه مشروع قانون الاجراءات الجنائية عندما جمع بالاضافة الى نظرية البطلان الذاتي حالات نص على ان مخالفتها ترتب البطلان ٠ فقد جاء في المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ما يلي " يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه ، او اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء "

---

[١] د ٠ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائيـــة ، المرجع السابق ، ص ٤١

[٢] سبق القول ان جانبا كبيرا من الفقه يؤيده الاتجاه القضائي يرى ان مخالفة جميع قواعد الاختصاص ترتب البطلان المتعلق بالنظام العام ٠ بخلاف ما ورد في المذكرة الايضاحية من ان بطلان الاختصاص المكاني يتعلق بمصلحة الخصوم ٠ وقد عدل المشرع المصري عما ورد في المذكرة الايضاحية عندما اعتبرجميع قواعد الاختصاص من النظام العام بما فيها الاختصاص المكاني وذلك بموجب التعديل رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٣ ٠ انظر د٠ صلاح الدين جمال الدين ، بطلان القبض ، ١٩٩٧ ،ص ٥٦

[٢] وقد اخذ بهذا المنهج المشرع الاردني في المادة ١/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمشرع الاماراتي في المادة ٢٢٢ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي

المبحث الثاني
البطلان في القانون اللبناني

ان المتتبع لقانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني عبر مراحله المختلفة ، منذ القانون الصادر في ٨ ايلول ١٩٤٨ مرورا بالتعديلات الجارية عليه بمقتضى قانون التنظيم القضائي لسنة ١٩٦١ ، وقانون القضاء العالي والقانون رقم ٢٢٨ لسنة١٩٩٣ ، يجد ان المشرع اللبناني لم يضع نظرية شاملة للبطلان ، واكتفى بالنص على حالات قليلة رتب على مخالفتها البطلان ، وقرر في حالات اخرى ان مخالفة بعض الاجراءات لا ترتب مثل هذا الجزاء ، وحسم بذلك أمر المخالفة ولم يبق للقاضي أي سلطة تقديرية في هذا الشأن ، ولم يكتف المشرع اللبناني بالجزاء الاجرائي ، بل ضمن القانون بعض العقوبات التأديبية والمالية والعقابية التي توقع على من يخالف أحكام اجراءات معينة ،[1]

هذا هو الموقف العام للمشرع اللبناني في ضوء القانون القديم الذي استمر العمل به حتى فترة ليست بعيدة ، وتحديدا في ٢٠٠١/٨/٢ حيث حل محله في هذا التاريخ قانون جديد يحمل الرقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠١ ،

من الصعب القول ان موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان قد تغيرت بصورة جذرية في القانون الجديد ، واتجهت نحو الاخذ بنظرية متكاملة للبطلان ،فقد ابقى على نهجه السابق من نظريتي البطلان القانوني والذاتي ، مع اختلاف في حالات البطلان القانوني بين القانونين ، وعلى نحو ما سيتم بيانه بعد قليل ،

وبناء على ما سبق فانه يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الاول : البطلان في ضوء القانون القديم ،

المطلب الثاني : البطلان في ضوء القانون الجديد ،

المطلب الثالث : تقدير موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان ،

---

[1] من التشريعات العربية التي تأثرت الى حد كبير بالقانون اللبناني قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري ،والذي لم يعن بنظرية البطلان كما هي في القانون اللبناني ،وقد احتوت نصوصه على بعض الاجراءات التي نص المشرع على ان مخالفتها ترتب البطلان ، ومن هذه النصوص ما جاء في المادة ١٥٤ من انه " يوقع قاضي الاحالة قرار الاتهام ويجب ان يتضمن هذا القرار اسم القاضي وخلاصة مطالبة النيابة العامة والا كان باطلا " والمادة ١٩٠ التي تنص على وجوب ان تكون المحاكمة علنية والا تعتبر باطلة ما لم تقرر المحكمة اجراءاها سرا بداعي المحافظة على النظام العام او الاخلاق ، لمزيد من التفصيل انظر د، محمد الفاضل ، قضاء التحقيق ، مطبعة دمشق ، لسنة ١٩٦٩ ، ص ص ٣١٤- ٣١٥

المطلب الاول

موقف المشرع اللبناني من مسائل البطلان في القانون القديم

من الصعب تحديد موقف المشرع اللبناني في ضوء القانون القديم الذي دام العمل به عدة عقود ٠ ولا يتضح من خلال دراسة النصوص المختلفة انه تبنى نظرية محددة سواء كانت نظرية البطلان القانوني او نظرية البطلان الذاتي ٠ فضلا عن عدم وضوح موقفه من تقسيمات البطلان المختلفة ٠ وهو بالاضافة الى ذلك كله لم يقم ببيان احكام الإجراء الجزائي الباطل او الاثار المترتبة عليه ، الامر الذي دفع جانبا من الفقه للمناداة بضرورة تعديل القانون اللبناني على نحو يتبنى فيه المشرع نظرية واضحة للبطلان ٠ [١]

وبناء على ما سبق يمكن دراسة موقف المشرع اللبناني من مسائل البطلان في الفروع التالية :

الفرع الاول

موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان القانوني

لقد نص المشرع اللبناني على بطلان اجراءات معينة ، ونص في نفس الوقت على عدم البطلان عند مخالفة اجراءات اخرى ٠ وسكت عن حكم المخالفة في اجراءات اخرى ٠ ومن الامثلة التي قرر المشرع اللبناني البطلان جزاء على مخالفتها الاجراءات التالية :

- ما ورد في المادة ٢٦٣ من ان " قرار الاتهام توقعه الهيئة الاتهامية بكاملها ويجب ان يشتمل على اسماء قضاة هذه الهيئة وعلى مطالعة النيابة العامة والا كان القرار باطلا " لذلك يترتب البطلان اذا لم يكن قرار الاتهام مشتملا على اسماء القضاة او لم يكن موقعا من قبل الاعضاء او خلوه من مطالعة النيابة العامة ٠

- ما جاء في المادة ١٥٨ من ان المحاكمة تجري علانيةً والا تعتبر باطلة ما لم تقرر المحكمة اجراءها سرا بداعي المحافظة على النظام العام والاخلاق العامة ٠ وبخلاف الحالات المتعلقة بالنظام العام او الاداب اذا جرت المحاكمة سرا فان الاجراءات المتخذة خلال تلك الجلسة تعتبر باطلة سندا لاحكام هذه المادة ٠ واجراء المحاكمة سرا يجب ان لا يحول دون ضرورة احترام مبدأ شفوية المرافعات ، ومبدأ المواجهة بين الخصوم ٠ [٢]

---

[١] انظر على سبيل المثال ، د٠ فوزية عبد الستار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني، المرجع السابق ، ص ٤٢ ، د٠ سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ، د٠ لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٢٠٣

[٢] د٠ سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٧٢

- ما ورد في المادة ١٦١ من انه " لا يسوغ تحت طائلة البطلان اقامة البينة الشخصية على ما يخالف او يجاوز مضمون المحاضر التي ينظمها في المخالفات والجنح موظفو الضابطة العدلية والتي يوجب القانون اعتبارها والعمل بها حتى ثبوت تزويرها ، اما المحاضر التي لا يوجب القانون اعتبارها حتى ثبوت التزوير فيمكن اثبات عكسها بالبينة الخطية او الشخصية اذا رات المحكمة ذلك "

- بطلان اجراء تبليغ ورقة الجلب قبل موعد المحاكمة بثلاثة ايام على الاقل تضاف اليها مهلة المسافة ،تحت طائلة بطلان الحكم اذا صدر غيابيا قبل انقضاء هذه المدة • ويجب ان يتم ابداء الدفع بالبطلان في بداية المحاكمة الاعتراضية والا سقط الاحتجاج به [١].

- عدم جواز الادعاء على المهتم بافعال خارجة عن منطوق قرار الاتهام • حيث يتعين على النيابة العامة التقيد بما ورد في قرار الاتهام ، واذا ادعت عليه بجرائم اخرى غير الواردة في قرار الاتهام كان ادعاؤها باطلا • وتجدر الاشارة ان المشرع اللبناني لم ينص على البطلان في حالة تجاوز المحكمة لقرار الاتهام ، الا انه مما لا شك فيه ان اجراء المحكمة في مثل هذه الحالة يترتب عليه البطلان [٢].

- عدم وجود محام عن المتهم امام محكمة الجنايات، حيث يترتب على مخالفة هذا الإجراء البطلان • وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨٦ بقولها " يسأل الرئس او المستشار المستناب عن المتهم هل اختار محاميا للدفاع عنه ، فان لم يكن قد فعل عين له الرئيس او نائبه محاميا في الحال والا كانت المعاملات اللاحقة باطلة حتى لو عينت له المحكمة محاميا خلال المحاكمة"

- الشهادة التي يدلي بها الشاهد امام المحكمة دون حلف اليمين على الوجه الذي حددته المادة ٢٩٨ / ١ حيث يطلب الرئيس من الشاهد ان يحلف اليمين بان ينطق بالحق بدون زيادة او نقصان ثم يؤدي الشهادة شفاهة • [٣]

- البطلان الوارد في المادة ٣١٦ من انه اذا كان المتهم او الشهود لا يحسنون التكلم بلغة الاخرين فيعين رئيس المحكمة ترجمانا لا يقل عمره عن الثامنة عشرة ، ويحلفه اليمين بان يترجم فيما بينهم بصدق وامانة اقوال بعضهم بعضا • اذا لم تراع احكام هذه المادة تكون

---

[١] المادة ١٩٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٢] المادة ٢٧٩ من نفس القانون

[٣] تنص المادة ٢٩٨ على ما يلي " يؤدي كل شاهد شهادته منفردا بعد ان يسال الرئيس الشاهد عن اسمه ••• يحلفه اليمين بان ينطق بالحق بدون زيادة ولا نقصان ثم يؤدي الشاهد شهادته منفردا •• اذا لم يحلف الشاهد اليمين على الصورة المبينة آنفا تكون شهادته باطلة "

المعاملة باطلة . [١] كما لا يسوغ انتخاب الترجمان من الشهود او اعضاء المحكمة ناظرة الدعوى حتى لو رضي المتهم او المدعي العام بذلك .[٢]

– ما نصت عليه المادة ٣٤٠ من انه " فيما خلا الحالة المبينة في المادة السابقه تقرر المحكمه اجراء المحاكمه غيابيا فيتلو الكاتب قرار الاحاله وسند تبليغ قرار المهل وا لمحاضر المثبته لنشره وتعليقه ثم تستمع المحكمه لاقوال المدعي العام الاستئنافي بهذا الصدد وتقضي في الدعوى ، واذا كانت التحقيقات الجاريه غيرموافقه للقانون فتعلن المحكمه بطلانها وتامر بتجديدها ابتداء من المعاملة الاولي المخالفه للقانون. واذا كانت التحقيقات موافقه للاصول فتنظر المحكمه في التهمة الموجهة الى المتهم وفي دعوى التعويضات الشخصيه"

– عدم اشتمال مذكرة القبض على البيانات الشخصية الخاصة بالمتهم ، والبيانات المتعلقة بالجرم المسند اليه . وقد ورد النص على هذه البيانات في المادة ٢/٢٦١ والتي جاء فيها " تشتمل مذكرة القاء القبض على اسم المتهم وشهرته وعمره ومحل اقامته ومهنته وتشتمل ايضا تحت طائلة البطلان على بيان موجز للفعل المسند الى المتهم وعلى وصفه القانوني "

وبالرغم من اللبس الذي يحيط عبارات النص ، فلا شك ان المشرع قد قرر البطلان في حالة خلو مذكرة القبض من تحديد شخصية المتهم تحديدا كافيا . فاذا كان المتهم معروفا او شخصيته محددة لم يترتب البطلان على خلو هذه المذكرة من عمر المتهم او مهنته او محل ولادته . اما ذكر الجرم المسند للمتهم فلا بد من بيانه بشكل واضح في المذكرة، وان كان عدم بيان الوصف او التكييف القانوني الصحيح لا يؤدي الى البطلان . [٣]

الفرع الثاني
الاجراءات المستبعدة من نطاق البطلان

اتبع المشرع اللبناني في القانونين القديم والحديث منهجا مميزا ، عندما استبعد من نطاق البطلان بعض الاجراءات المخالفة لاحكام القانون ، وحتى يزيل احتمال ترجيح القاضي للبطلان في مثل هذه الحالات . فقطع دابر الشك عندما اعلن بوضوح ان هذه الاجراءات لا يترتب على مخالفتها البطلان . وهذه الاجراءات هي :

– ما ورد في المادة ٣٠٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني من انه اذا سمعت شهادة اصول المدعى عليه وفروعه واخوته واخواته ومن هم في درجتهم عن طريق

---

[١] تقابل هذه المادة ١/٢٢٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني

[٢] انظر المادتين ١/٣١٦ و٣١٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني

[٣] د. سليمان عبد المنعم ، بطلان الاجراء الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٧١

المصاهرة والزوج والزوجة حتى بعد الطلاق فلا يترتب على ذلك البطلان ، ولكن يشترط لعدم وصم هذه الشهادة بالبطلان ان لا يعترض عليها المدعى عليه او المدعي بالحق الشخصي • اما في حال الاعتراض فيمكن الاستماع الى شهاداتهم على سبيل الاستدلال [١].

- لا بطلان على الاجراءات السابقة على تعين محام للمدعى عليه في الجنايات اذا اختار محاميا للدفاع عنه بعد ان شرعت المحكمة باجراءات المحاكمة • وهذا ما قضت به المادة ٢٨٦ /٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني • فالاصل عدم الاعتداد باجراءات المحاكمة في جناية دون حضور محام عن المدعى عليه ، اما اذا اختار مدافعا عنه بعد ذلك فلا يجوز له النعي على اجراءات المحكمة بالبطلان •

- تقضي المادة ٧٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني بانه عندما يمثل المدعى عليه [٢] امام قاضي التحقيق يتثبت من هويته ويطلعه على الافعال المنسوبة اليه ويطلب جوابه عنها ، منبها اياه ان من حقه ان لا يجيب عنها الا بحضور محام ويتم تدوين هذا التنبيه في محضر التحقيق فاذا رفض المدعى عليه توكيل محام او او لم يحضر محاميا خلال اربع وعشرين ساعة يجري التحقيق بمعزل عنه • اما في الجنايات اذا طلب المدعى عليه تعين محام للدفاع عنه فيعهد قاضي التحقيق امر تعينه الى نقيب المحامين اذا وجد مجلس نقابة في مركزه والا تولى امر تعينه •

واذا خولفت الاجراءات السابقة فان مثل هذه المخالفات لا يترتب عليها بطلان الاجراءات المتخذه • وهذا ما صرحت به الماد ٧٠ بقولها " فلا يؤدي ذلك الى بطلان التحقيق والمحاكمة وانما يستلزم مؤاخذة قاضي التحقيق تأديبيا "

لقد تعرضت هذه المادة للنقد الشديد من الفقهاء لسببين :

الاول : تسوي هذه المادة في الحكم بين فرضين مختلفين • اولهما عدم حضور محام عن المدعى عليه لسبب يعود اليه ، ولامر يخضع لتقديره ومصلحته في ذلك • والثاني عدم حضور المحامي لسبب يتعلق بجهة التحقيق• كأن يحضر المحامي بعد الفترة المحددة في هذه المادة •

---

[١] ورد النص على هذا الحكم بشان اصول المحاكمة امام القاضي المنفرد ، ثم عاد المشرع اللبناني ليؤكد نفس الحكم بالنسبة للمحاكمة امام محكمة الجنايات مع اضافة طائفة اخرى من الشهود وهم المخبرون الذين يمنحون مكافأة مالية على الاخبار •

[٢] اختلفت التشريعات في الفظ الذي تطلقه على من تقام عليه دعوى الحق العام ، فالمشرع اللبناني ومن بعده السوري يطلقان عليه لفظ المدعى عليه • اما المشرع الاردني فهو يطلق عليه لفظ المشتكى عليه ، فاذا ظن عليه بجنحة يسمى ظنينا واذا اتهم بجناية اطلق عليه لفظ المتهم • اما المشرع المصري فهو يطلق عليه لفظ المتهم في جميع مراحل الدعوى

ولئن كان من السائغ قبول عدم حضور المحامي في الفرض الاول فمن الصعب تبرير عدم قبوله في الفرض الثاني .[١]

الثاني : على الرغم من ان المشرع لم يرتب البطلان على هذه المخالفة فانه قرر بنفس الوقت انها توجب مؤاخذة القاضي تاديبيا . فالاصل ان الإجراء الذي يؤاخذ من يخالفه تاديبيا ان يترتب عليه البطلان ، فلايكفي الجزاء التأديبي بل لابد من ترتيب الجــزاء الاجرائي .

والحقيقة ان نص هذه المادة منتقد لمعارضته لحقوق الدفاع التي كفلتها القوانين الجزائية الاجرائية ومن قبلها الدساتير . فالقاضي ملزم بتوفير فرصة للمدعى عليه لكي يستعين بمدافع عنه . اما قول المشرع اللبناني ان مخالفة مثل هذه الاجراءات لا يرتب البطلانة فان فيه اخلال جسيم بحقوق الدفاع التي يجب ان يكون البطلان احد الجزاءات الاجرائية الهامة في المحافظة عليها . [٢]

ويضيف جانب آخر من الفقه [٣] ان المشرع اللبناني قد اخذ نص المادتين ٧٠و٧١ من القانون الفرنسي لعام ١٨٩٧ وبعد ان ذكر الاجراءات المطلوبة لم ينص على الجزاء المترتب على مخالفتها ، بل ذهب في المادة ٧٠ الى ابعد من ذلك عندما نص على ان المخالفة الناتجة عن عدم مراعاة هذه المادة لا ترتب البطلان . في حين سكت المشرع عن احكام المخالفة في المادة ٧١ ، ولو اراد المشرع النص على عدم البطلان لفعل كما جاء في المادة ٧٠ اما وانه لم يفعل فان مخالفة القواعد الجوهرية في المادة ٧١ ترتب البطلان . ويضيف اصحاب هذا الرأي ان الاجراءات الوردة في المادة ٧٠ اشد مساسا بحقوق الدفاع من تلك الواردة في المادة،٧١ فاذا اعتبر المشرع تلك الاجراءات من الاجراءات الجوهرية فمن باب اولى ان يعتبر الاجراءات الواردة في المادة ٧٠ من الاجراءات الجوهرية كذلك .[٤]

ويمكن ان اضيف الى ما سبق من انتقادات ، ان الامر لو بقي دون تدخل من المشرع لما كانت هنالك مشكلة ، اذ يمكن في هذه الحال تطبيق نظرية البطلان الذاتي . اما وانه قد تدخل في هذه الحالات بالنص على عدم ترتيب البطلان على هذه المخالفات الجوهرية ،فانه سيلغي أي سلطة تقديرية للقاضي في هذه المسألة . والدليل على عدم صحة توجه المشرع

---

[١] د. سليمان عبد المنعم ، اصول الاجراءات الجزائية في التشريعات والقضاء والفقه ،مجد المؤسسة الجامعية ،بيروت ، ١٩٩٧ ، ص٤٦٠ ، د. لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ١٩١

[٢] د. مصطفى العوجي ، حقوق الانسان في الدعوى الجزائية ، المرجع السابق ، ص ٧١٠

[٣] د. عاطف النقيب ، اصول المحاكمات الجزائية ،دراسة مقارنة ، طبعة جديدة ومنقحة ، دار المنشورات الحقوقية ، ط١ ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص ٥٤٣

[٤] د. عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص ٥٤٥ وانظر كذلك

Jean pradel , droit penal tome prcedure , op.cit . P . ٥٧٠

اللبناني في هذه الحالات ، انه خالف ما اجمعت عليه التشريعات المقارنة وما توجه اليه هونفسه في القانون الجديد ، حيث اولى هذه الاجراءات العناية المطلوبة ورتب على مخالفتها البطلان ، بل انه زاد على ذلك عندما اوجب مراعاة هذه الاجراءات عند كل استجواب لاحق للاستجواب الاول • وهو ما ساقوم ببيانه بعد قليل عند الحديث عن موقف المشرع اللبناني في القانون الجديد •

الفرع الثالث

موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان الذاتي

اما النوع الثالث من النصوص التي يحتويها قانون اصول المحاكمـات الجزائية اللبناني -وتشكل النسبة الغالبة فيه – فهي تلك النصوص التي سكت المشرع عن الجزاء المترتب على مخالفتها • والسؤال الذي يطرح في هذا المقام ، ما هو الاثر المترتب على مخالفة أي قاعدة جوهرية من هذه القواعد ؟ فهل يجوز اعمال القياس في مثل هذه الحالات مقارنة بالقواعد التي نص المشرع على بطلانها ؟ وما هو موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان الذاتي؟ خاصة في ضوء سكوت المشرع عن بيان مخالفة اجراءات لا تقل اهمية عن تلك التي نص على بطلانها ان لم تكن اهم منها بالفعل •

ومن الامثلة التي تضرب على تلك الاجراءات ، اشتمال الحكم على العلل والاسباب الموجبة له والمادة القانونية المنطبق عليها الفعل • فهل يترتب على مخالفة هذه الاجراءات البطلان ام لا ؟ [١] ومن الاجراءات الهامة التي غفل المشرع عن بيان حكم مخالفتها ايضا اجراءات الاستئناف ، وان كان المشرع قد اكد على عدم قبول الاستئناف المقدم بعد المدة المنصوص عليها في المادة ٢١٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية •[٢]

وقد تزداد مهمة الباحث صعوبة اذا ما اراد الاستدلال على مراد المشرع من خلال الالفاظ والمصطلحات التي يستخدمها • فاحيانا نجده يبدا النص بصيغة آمره ، كقوله " يجب " او " على المدعي العام " او يبدؤها بفعل مضارع مثل ، تجري ، تشتمل ، تنعقد • وقد يأتي بصيغة نهي كقوله ، يحظر ، لا تطبق ••[٣] فهل مثل هذه الصيغ تنبئ عن مراد المشرع بحيث يمكن القول بانه اذا اقترن الإجراء بصيغة امر او نهي يترتب على مخالفتها البطلان ؟

---

[١] وهي الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٧٠من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني القديم

[٢] لقد غاير المشرع في الصياغة عندما نص على الاستئناف المقدم من النيابة العامة ، فبدل عبارة عدم القبول بعبارة للمدعي العام الاستئنافي ان يستأنف الحكم في مهلة شهر من تاريخ صدوره

[٣] انظر على سبيل المثال المواد التالية من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني القديم ١٧٠، ١٧٦،١٨٢، ١٨٥، ١٩١ ، ٢١٨،

واذا كان الامر خلاف ذلك فماهو المعيار الذي اتخذه المشرع اللبناني في التمييز بين الإجراء الجوهري وغير الجوهري ؟

يجمع الفقه على ان مخالفة الإجراء الجوهري يترتب عليها البطلان سواء نص المشرع على هذه المخالفة ام لا [١]. ويستند أصحاب هذا الرأي الى المادة ١١٣ من قانون التنظيم القضائي الصادر في عام ١٩٦١ والتي تنص على مايلي " ان الاحكام الصادرة في القضايا الجنائية تكون قابلة للنقض اذا كان في القرار او في التحقيقات الجارية امام المحكمة او المحاكمات ذهول عن القانون او مخالفة له او اغفال في احدى **المعاملات الجوهرية** او المفروضة تحت طائلة الابطال" ووفقا لاصحاب هذا الرأي يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون على بطلانه او اذا كان الإجراء مخالفا لقاعدة جوهرية ٠ وان حالات البطلان القانوني وردت على سبيل الحصر ، وفيما دون ذلك يجب النظر الى كل قاعدة اجرائية ومعرفة فيما اذا كانت من القواعد الجوهرية ام لا ٠

وبالمقابل هنالك رأي وجيه في الفقه [٢] يرى انه من الصعب القول بان المشرع اللبناني قد كرس معيار القاعدة الجوهرية لبطلان المخالفات الاجرائية ٠ وذلك لسببين :

الاول : لقد تم تعديل نص المادة ١١٣ من قانون التنظيم القضائي بالقانون رقم ٣٠٣ لسنة ١٩٩٤ [٣] وخلى التعديل من النص على المعاملات الجوهرية واجاز نقض القضايا الجنائية بسبب الذهول في القانون او مخالفته او اغفال المعاملات المفروضة تحت طائلة البطلان ٠ اما القواعد الجوهرية والتي لم ينص المشرع على بطلانها فلم تعد وفق التعديل تشكل سببا للنقض !

الثاني : لم يقم المشرع اللبناني عند تنظيمه اصول النقض في الجنح والمخالفات بالتعرض لبطلان المعاملات كسبب يجيز النقض ، بخلاف الوضع في الجنايات ٠ وهو امر ينم عن عدم وضوح وتمييز بين الوضعين دون مقتض، طالما ان بعض الاجراءات في الجنح قد تكون سببا للنقض ٠

---

[١] من هذا الرأي د٠ فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص ٤٣، د٠ عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٤٩٦ ، د سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص١٠٢

[٢] د٠ سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراء الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٧٨

[٣] تجدر الاشارة ان هذا القانون قد الغي مؤخرا بموجب قانون اصول المحاكمات الجزائية الجديد الصادر عام ٢٠٠١

المطلب الثاني
البطلان في ضوء القانون الجديد

حاول المشرع اللبناني في ضوء القانون الجديد رقم ٣٢٨ الصادر في الثاني من آب لعام٢٠٠١ أن يخطو خطوات متقدمة نحو نظرية البطلان ، فوسع من نطاق البطلان القانوني في مرحلة التحقيق الابتدائي ، واستبعد قواعد أخرى من نطاق البطلان ، ولم يقتصر على ذكر الحالات التي نص عليها في القانون القديم ، بل زاد عليها في بعض الأحيان ، ونص في مواقع أخرى على حالات جديدة ، كما استبعد البطلان بخصوص إجراءات كان في القانون القديم ينص صراحة على بطلانها .

وبالنسبة إلى نظرية البطلان الذاتي فلم يغير منهجه منها ، بحيث أبقى عليها ضمن أسباب التمييز (النقض) . وفي الإجراءات المتعلقة بالتفتيش خرج- أحيانا - على القواعد العامة في البطلان عندما اعترف ببعض الآثار المترتبة على الإجراء الباطل .

ولبيان موقف المشرع اللبناني من مسائل البطلان في القانون الجديد يمكن تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول
نطاق البطلان القانوني

كما هو موقفه في القانون القديم نص على بطلان بعض الإجراءات المخالفة لقواعد معينة. ويمكن بيان هذه الحالات التي نص على بطلانها وتلك التي استبعد البطلان من نطاقها ، على النحو التالي :

- ضمن الفصل المتعلق بإجراءات الضابطة العدلية في الجريمة المشهودة ، رأى المشرع اللبناني أن كل تفتيش تجريه الضابطة العدلية خلافا للأصول التي حددها القانون للنائب العام في الجناية المشهودة يكون **باطلا** ويتعرض الضابط العدلي في هذه الحالة للملاحقة المنصوص عليها في المادة ٣٧٠ من قانون العقوبات . ويقتصر الإبطال هنا على المعاملة الباطلة دون إجراءات التحقيق الأخرى [١].

---

(١) يستخدم المشرع اللبناني في القانونين القديم والجديد لفظ الابطال بدل البطلان ، ومن الصعب الاستدلال على اسباب هذه التفرقة لدى المشرع اللبناني . فاذا قيل بانه قصد بلفظ الابطال البطلان النسبي الذي يزول برضى الخصوم فانه يستخدم نفس المصطلح في حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام كمثل هذه الحالة التي نحن بصددها . واذا قيل بانه يستخدم هذا المصطلح بديلا عن البطلان نجده في بعض المواقع الاخرى يستخدم لفظ البطلان . واني مع استخدام هذا المصطلح للدلالة على الإجراء المعيب=

- تكرر مبدأ الإبطال السابق عند مخالفة إجراءات التفتيش التي يقوم بها أعضاء الضابطة العدلية خارج الجرم المشهود ، [١] فإذا تمت خلافا للأصول التي حددها المشرع للنائب العام في الجرم المشهود فإنها تكون عرضة للابطال. وقد ذكر المشرع مجموعة من الإجراءات التي يقوم بها أعضاء الضابطة العدلية خارج الجرم المشهود ، مثل القيام بالتحريات الأزمة ، وإجراء الكشوفات الحسية على أماكن وقوع الجرائم والاستماع إلى إفادات الشهود دون حلف اليمين وضبط أقوال المشكو منهم أو المشتبه فيهم ، وان التزموا الصمت فيشار إلى ذلك في المحضر ولا يحق للضابطة العدلية إكراه هؤلاء على الكلام أو استجوابهم **تحت طائلة بطلان إفادتهم .**

- على قاضي التحقيق ان يتحقق من شخصية المدعى عليه، فيثبت اسمه ولقبه وعمره وكافة المعلومات الواردة المنصوص عليها في المادة ٧٤ ، وعليه كذلك ان يحيط المدعى عليه عند مثوله في المرة الاولى امامه علما بالجريمة المسندة اليه ،وان ينبهه ان من حقه ان يستعين بمحام واحد اثناء التحقيق . ولا يلزم بان يعطيه الوصف القانوني للوقائع . ويضيف المشرع اللبناني انه اذا اغفل قاضي التحقيق اعلام المدعى عليه بالجريمة المسندة اليه ،او تنبيهه ان من حقه الاستعانة بمحام ادى ذلك الى **بطلان الاستجواب** كدليل من ادلة الاثبات .[٢]

- وفي اطار الضمانات التي احاط بها المشرع اللبناني الاستجواب . اذا اختار المدعى عليه محاميا للدفاع عنه فلا يجوز لقاضي التحقيق ان يستجوبه او ان يستمر في اجراءات التحقيق الا بعد حضور المحامي واطلاعه على جميع اجراءات التحقيق باستثناء افادات الشهود ، وكل ذلك تحت **طائلة ابطال الاستجواب والاجراءات اللاحقة له .** [٣] وكرر المشرع المبدأ الذي كرسه في الاجراءات المتبعة امام المحقق لدى الضابطة العدلية من ان المدعى عليه اذا التزم الصمت فلا يحق لقاضي التحقيق ان يكرهه على ذلك .[٤]

القابل للبطلان ، اذ ليس كل اجراء معيب يعتبر باطلا ، فما لم يقرر القاضي بطلانه يبقى صحيحا منتجا لاثاره ولو كان متعلقا بالنظام العام .

[١] انظر المادة ٤٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني الجديد

[٢] انظر المادة ٧٦ من نفس القانون والتي وردت ضمن فصل كامل خصصه المشرع اللبناني للاستجواب .

[٣] انظر المادة ٧٨ من نفس القانون

[٤] انظر المادة ٧٧ من نفس القانون

- على قاضي التحقيق قبل كل استجواب لاحق للاستجواب الاول ان يسأل المدعى عليه عما اذا كانت موافقته على ان يستجوب دون الاستعانة بمحام مستمرة وان يثبت ذلك في المحضر **تحت طائلة بطلان هذا الاستجواب والاجراءات اللاحقة له** . [١]

- للمدعى عليه والمدعي بالحق الشخصي والمسؤل بالمال والضامن او لوكلائهم ان يحضروا أعمال التحقيق ما عدا سماع الشهود . ويجب ان يتم ابلاغ كل منهم مذكرة دعوة قبل اربع وعشرين ساعة على الاقل من العمل التحقيقي المنوي اتخاذه والا كان العمل الجاري في غيابه **باطلا** . [٢]

- ما جاء في المادة ٩٠ من هذا القانون ، من عدم جواز حصول أي حك او تحشية في محضر التحقيق ما لم يكن مصادق عليها من قاضي التحقيق والكاتب والشاهد . وتعد **لاغية** كل تحشية او شطب او اضافة غير مصادق عليها . [٣]

- وفي مجال اجراءات التبليغ يرى المشرع انه اذا لم تراع هذه الاجراءات ، ومنها مهلة التبليغ ، فعلى المرجع القضائي ان يقرر اعلان بطلان التبليغ في حال عدم حضور المطلوب تبليغه ، واعادة التبليغ مجددا وفقا لاحكام المادة ٤٨ من هذا القانون .[٤]

هذه بعض القواعد التي نص المشرع اللبناني على بطلان الإجراء المخالف لها في مرحلة التحقيق الابتدائي .

---

[١] استعمل المشرع اللبناني في هذا النص لفظ البطلان ، وهذا دليل على الملاحظة التي اشرت اليها في الهامش رقم ٤٦ ، انظر المادة ٧٩ من نفس القانون .

[٢] انظر المادة ٨٢ من نفس القانون . يعود المشرع ليستخدم لفظ البطلان بدل الابطال مع ان لفظ الابطال او القابل للبطلان اقرب في هذه الحالة طالما ان البطلان نسبي ويمكن لصاحب المصلحة التازل عنه صراحة او ضمنا ، وذلك بدليل ما جاء في الفقرة التالية من نفس المادة ، التي تقرر ان حضور من تقرر دعوته دون ان يحتج على طريقة تبليغه او على عدم مراعاة المهلة المنصوص عليها في هذه المادة اعتبر العمل التحقيقي صحيحا

[٣] استعمل المشرع هنا لفظ لاغية ، والمقصود بها ان تكون باطله كل تحشية او اضافة غير مصادق عليها وهذا النص من النصوص الواردة في القانون القديم . مع اضافة بسيطة وردت في نهاية المادة تقول : ان للمتضرر فقط من هذا الاجراء المطالبة بالابطال .

[٤]حسنا فعل المشرع اللبناني عندما افرد قسما خاصا لاصول تبليغ الاوراق والقرارت الصادرة عن القضاء ، ولم يكتف بالاحالة في هذا الموضوع الى قانون اصول المحاكمات المدنية .

اما في مرحلة المحاكمة ، فيمكن القول بان النصوص التي وردت في النص صراحة على البطلان قليلة اذا ما قورنت بتلك الواردة في مرحلة التحقيق الابتدائي او الاولي .

فمثلا ، وفيما يتعلق بالاجراءات المتبعة امام القاضي المنفرد نجد خلو القانون من النص على البطلان باستثناء الحالات التي احال فيها المشرع على نصوص أخرى ، مثل ضرورة اتباع اصول التبليغ في الاحكام الغيابية [١]. او وجوب اجراء المحاكمة علنا وشفاهة والا كانت باطلة . [٢]

اما اهم الاجراءات التي ورد النص على بطلانه صراحة امام محكمة الجنايات فيمكن الاشارة اليها باختصار ، وعلى النحو التالي :

- وجوب تدوين اسماء قضاة المحكمة ومستشاريها وممثل النيابة العامة والكاتب في مستهل كل جلسة وان يوقع هؤلاء على المحضر في نهاية كل جلسة – باستثناء ممثل النيابة العامة . واذا اغفل احدهم التوقيع كانت الجلسة **باطلة** [٣]
- عدم حلف الشاهد اليمين المنصوص عليها في المادة ٢٥٥ من قانون اصول المحاكمات الجزائية .[٤]
- اغفال احد اعضاء المحكمة التوقيع على الحكم يعرضه للابطال . [٥]
- ما ورد في المادة ٢٣٦ من ان المحاكمة التي تجري دون التثبت من تبليغ المتهم قرار الاتهام ولائحة شهود الحق العام ، يكون الحكم الصادر بنتيجتها عرضة للابطال .[٦]

---

[١] انظر المادة ١٧١ من نفس القانون التي بشأن التبليغ الى المادتين ١٤٧ و١٤٨

[٢] ما لم تقرر المحكمة اجراءها سرا بداعي المحافظة على النظام العام او الاخلاق العامة. وهذا النص انتقل من القانون القديم ، وتحرص اغلب التشريعات بالنص عليه ، بل ان المشرع الاردني لم يكتف بالنص عليه في القانون الجزائي ، بل ضمنه في الدستور . انظر المادة ١٢١ من الدستور الاردني

[٣] المادة ٢٣٥ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني

[٤] وردت صيغة اليمين على النحو التالي " اقسم بالله العظيم بان اشهد بالحق كل الحق ولا شيء غير الحق "

[٥] جاء موقف المشرع في هذه الحالة وسطا بين تقرير البطلان او السكوت عن ذلك ، فاشار الى امكانية تقرير البطلان في حال حصول هذه المخالفة .لمزيد من التفصيل انظر د.فايز الايعالي،قواعد الإجراءات الجزائية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،ط١٩٩٤١

[٦] يستخدم المشرع اللبناني في حالات قليلة عبارة يكون الاجراء عرضة للابطال ، فلايقرر ان المخالفة ترتب البطلان ولا يترك الامرالى القاضي ليطبق قاعدة الاجراء الجوهري او الاساسي

الفرع الثاني

الحالات المستثناة من نطاق البطلان

نص المشرع اللبناني على حالات استثناها من نطاق البطلان جريا على نهجه السابق في القانون القديم ، وان اختلفت هذه الحالات في هذا القانون عن تلك الواردة في القانون القديم . والحكمة التي ارادها المشرع من هذا الاستثناء واضحة – وكما اشرت اليها فيما سبق – من انها تظهر رغبة المشرع في الاعلان للقاضي انه لا يريد ان يرتب البطلان على هذه المخالفة ويمكن بيان هذه الحالات باختصار ، وعلى النحو التالي :

- ما ورد في المادة ٩٧ من هذا القانون من ان على قاضي التحقيق ان يستعين بكاتب لكتابة المحضر ، فان لم يتيسر له ذلك يمكنه ان يقوم بهذه المهمة بنفسه ولا يكون المحضر الذي ينظمه في هذه الحالة **باطلا** .

- عدم قبول شهادة اصول المدعى عليه واخوته واخواته وفروعه وزوجه ، لكن يمكن للقاضي الاستماع الى شهادة هؤلاء اذا لم يعترض عليها المدعى عليه او المدعي الشخصي . ولا تكون شهادة هؤلاء **باطلة**

- لرئيس المحكمة الاستيضاح من الشاهد بدون حضور المتهم ، ويبقى وكيل المتهم حاضرا اما اذا خرج فلا يؤدي خروجه الى **ابطال** الافادة التي تمت في غيابه . [١]

الفرع الثالث

الاخذ بنظرية البطلان الذاتي

كانت خطة المشرع اللبناني – في القانون القديم – تقضي بان ينص على بطلان الاجراء الجوهري ضمن اسباب التمييز . وهذا ما بينته المادة ١١٣ من قانون التنظيم القضائي الملغي بموجب قانون اصول المحاكمت الجزائية الحالي . ولم يختلف موقف المشرع اللبناني كثيرا من البطلان الذاتي حيث ابقى النص على مخالفة الإجراء الاساسي او الجوهري ضمن اسباب التمييز او (النقض).

وبالرجوع الى المادة ٢٩٦ والمتعلقة باسباب تمييز الاحكام الصادرة في القضايا الجنائية نجد انها تنص في الفقرة " د" على مايلي " اغفال الاصول المفروضة تحت طائلة الابطال او الاخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة "

---

[١] المادة ٢٦٤ من نفس القانون

وبالرغم من ان النص الجديد جاء بصورة أوضح من نص المادة ١١٣ من قانون التنظيم الملغي الذي كان يذكر من اسباب التمييز ، الذهول عن القانون او اغفال في احدى المعاملات الجوهرية او المفروضة تحت طائلة البطلان ،الا ان هذا الوضوح لم يكن على درجة كافية لازالة كل لبس او غموض .وبالرجوع الى المادة ٢٩٦ نجد ان البطلان يترتب عند مخالفة القواعد المنصوص على ان مخالفتها ترتب البطلان ،وهي الحالات التي تم بيانها سابقا . او الاخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة . لم يحدد القانون ما هو المقصود بالقواعد الجوهرية مكتفيا بان تكون من القواعد المتعلقة بالمحاكمة حسبما جاء في نهاية هذه المادة ، تاركا الامر الى الفقه والقضاء ليقوما بتحديد القاعدة الجوهرية من غيرها من القواعد غير الجوهرية . وتجدر الاشارة ان المشرع اللبناني قد كرر نفس النص في المادة ٣٠٦ عندما بين الاسباب المتعلقة بتمييز القرارات الصادرة عن الهيئة الاتهامية مع اختلاف يتعلق بنطاق القاعدة الجوهرية التي جرت مخالفتها ، فهي في هذه المادة تتعلق بقواعد التحقيق .

والواقع ان النصين السابقين يثيران سؤالا حول مدى سلطة القاضي في تقرير بطلان اجراء مخالف لقاعدة جوهرية في المرحلة السابقة للمحاكمة ولم يتم الطعن به ضمن قرارت الهيئة الاتهامية القابلة للطعن امام محكمة التمييز . فهل يستطيع القاضي تقرير بطلان هذا الاجراء عند الطعن بالحكم امام محكمة التمييز في ضوء صراحة نص المادة ٢٩٦ الذي يشترط في الاجراء المخالف للقاعدة الجوهرية ان يكون ضمن مرحلة المحاكمة ؟ [١]

ونجد نفس النص قد تكرر في المادة ٣٠٦ والمتعلقة باسباب تمييز القرارات الصادرة عن الهيئة الاتهامية مع اختلاف بسيط هو استبدال كلمة المحاكمة الواردة في النص الاول بكلمة التحقيق في النص الثاني .

اذا ، وفقا لهذا الاتجاه يكون الإجراء باطلا اذا نص المشرع على بطلانه صراحة او اذا خالفت القواعد الجوهرية او الاساسية . الا ان الملاحظ ان المشرع اللبناني – وكما هي اغلب التشريعات – لم يضع معيارا للتفريق بين الإجراء الجوهري من الإجراء غير الجوهري .

---

[١] لمزيد من التفصيل انظر د.عفيف شمس الدين ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨

المطلب الثالث

تقدير موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان

لم يختلف موقف المشرع اللبناني من نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد كثيرا عن موقفه السابق في ظل القانون القديم • فقد كان من المؤمل ان يتبنى نظرية متكاملة للبطلان في القانون الجديد ، تبين موقفه بشكل واضح من نظريات البطلان وانواعه وأحكامه المختلفة ، لا ان يستمر في النهج السابق الذي اتبعه في القانون القديم • ويمكن اجمال موقف المشرع اللبناني من مسائل البطلان في النقاط التالية :

- يلاحظ بوجه عام ان المشرع اللبناني قد مال في قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد الى الاسهاب والتطويل في عرض مواد القانون المختلفة التي تجاوزت اربع مائة مادة ، على خلاف الصياغة القانونية النموذجية التي تضع النص القانوني في جمل مختصرة موفية بالغرض المطلوب في اقل عدد ممكن من الكلمات • اضافة الى ما سبق فقد اتصف اسلوب المشرع بالتكرار عندما نص على اجراءات معينة في اكثر من موقع ومرحلة من مراحل الدعوى العامة [١] الامر الذي ادى الى اضطراره للنص على البطلان عند كل اجراء من الاجراءات المتشابهة وفي كل مرحلة من مراحل الدعوى • وفي احيان اخرى ينص على بطلان اجراء معين امام محكمة القاضي المنفرد ، ولا ينص على بطلان نفس الإجراء امام محكمة الجنايات • [٢] وكان بالامكان تجنب مثل هذا التضارب والخلط لو انه وضع نظرية مستقلة للبطلان تمتد احكامها على جميع الاجراءات المتماثلة ، تحقيقا للفائدة المرجوة من وضع نظرية مستقلة للبطلان تنظم جميع الاجراءات المتشابهة في الاحكام ليسهل على القاضي تطبيقها وتساعد الباحث في دراستها •

---

(١) نص المشرع اللبناني في المادة ٤١ على بطلان التفتيش الذي يجريه رجال الضابطة العدلية خلافا للاصول في الاجراءات المتعلقة بالجريمة المشهودة ، ونص في المادة ٤٧ على بطلان نفس الإجراء المتخذ من قبل الضابطة العدلية في الاجراءات المتبعة خارج الجريمة المشهودة • وعاد مرة اخرى ليقرر بطلان نفس الإجراء المتخذ من قبل قاضي التحقيق المادة ١٠٥ من نفس القانون • ونفس الامر اتبعه بشأن تقرير قاعدتي علنية المحاكمة والمشافهة • المادتين (١٧٨و٢٤٩) من نفس القانون • وكرر النص على صيغة اليمين التي يحلفها الشاهد امام القاضي المنفرد وامام محكمة الجنايات • المادتين (١٨١و٢٥٥)

(٢) نص المشرع صراحة على بطلان مخالفة صيغة اليمين الواردة في المادة ٢٥٥ امام محكمة الجنايات ، ولم يصرح بالبطلان عند مخالفة صيغة اليمين الواردة امام محكمة القاضي المنفرد

- اما في مجال البطلان القانوني ، فنلاحظ ان المشرع اللبناني قد توسع قليلا في حالاته وخاصة تلك المتعلقة بمرحلة التحقيق الابتدائي ، مقارنة مع الحالات التي ورد النص على بطلانها في القانون السابق .ولعل الاهم من موضوع التوسيع او التضييق في حالات البطلان هو بيان طبيعة الإجراء الباطل الذي كان ينص عليه المشرع في القانون القديم مقارنة بالإجراءات التي ينص عليها في القانون الجديد . فقد اعاد المشرع اللبناني صياغة نظرية البطلان القانوني في القانون الجديد صياغة مختلفة عن القانون السابق . فاغلب الحالات التي كان المشرع يرتب البطلان على مخالفتها في القانون السابق تم استثناؤها في القانون الجديد ولم يبق من تلك الحالات الا ترتيب البطلان على مخالفة مبدأ علنية المحاكمة الوارد في القانونين والنص المتعلق ببطلان كل تحشية اوشطب في محضر التحقيق غير مصادق عليها (م ٩٠)

وهذا الموقف يثير سؤالا كبيرا حول الاجراءات التي استثناها المشرع من نطاق البطلان الصريح . هل يعني ذلك ان المشرع اللبناني رأى ان مخالفة مثل هذه الاجراءات ليس من الاهمية او الجسامة بمكان حتى يترتب عليها البطلان ؟ ربما كانت الاجابة عن هذا السؤال سهلة لو ان المشرع وضع هذه الاجراءات ضمن طائفة الاجراءات التي نص- صراحة -على ان مخالفتها لا يترتب عليه البطلان . وتزداد المسألة صعوبة اذا ما علمنا ان من بين الاجراءات المستثناة من نطاق البطلان القانوني اجراءات تستند الى قواعد اساسية وجوهرية استقرت احكام القضاء على ان مخالفتها ترتب البطلان . [1] فهل يعتبر القاضي موقف المشرع الجديد من هذه الاجراءات مؤشرا على انها ليست اساسية او جوهرية وبالتالي لا يرتب البطلان على مخالفتها ؟ ام ينظر الى ذات القاعدة التي خولفت بغض النظر عن موقف المشرع منها ؟ لذلك فانني اعتقد ان مهمة القضاء اللبناني في تقرير حالات البطلان القانوني ستواجه صعوبة في ضوء القانون الجديد .

- ابقى المشرع اللبناني على نهجه السابق فيما يتعلق بالحالات المستثناة من نطاق البطلان مع تعديل على هذه الحالات . وحسنا فعل عندما تراجع عن عدم تقرير البطلان نتيجة المخالفات الواردة في المادة ٧٠ من القانون القديم والمتعلقة باجراءات مثول المدعى عليه امام قاضي التحقيق وواجب الاخير بتنبيه المدعى عليه ان من حقه توكيل محام والاجراءات الاخرى المنصوص عليها في هذه المادة ، بل على العكس من ذلك فقد نص المشرع في القانون الجديد على ان مخالفة مثل هذه الاجراءات يترتب عليه البطلان .

---

[1] من النصوص التي تسترعي الانتباه ما ورد في المادة ٧٩ من ان على قاضي التحقيق قبل كل استجواب لاحق للاستجواب الاول للمدعى عليه ان يسأله ان كانت موافقته على ان يستجوب دون محام لا تزال مستمرة ، ويثبت ذلك في المحضر تحت طائلة البطلان .

- بقي على موقفه السابق من نظرية البطلان الذاتي ،عندما نص على بطلان الاجراءات المتعلقة بالقواعد الاساسية او الجوهرية ضمن اسباب التمييز .

- يستعمل المشرع اللبناني في بعض الاحيان صيغة وسطى بين البطلان القانوني والبطلان الذاتي يشير فيها للقاضي الى تقرير البطلان عند وقوع مخالفة لهذا الاجراء . ومثال ذلك ما جاء في المادة ٢٧١ من ان اغفال احد اعضاء المحكمة التوقيع على الحكم يعرضه للابطال .

- من الاتجاهات الجديدة الواردة في هذا القانون -والتي ربما لم يسبقه اليها تشريع اخر - ما ورد في المادة ١٠٥ من هذا القانون عندما رتب بعض الاثار على اجراء اعلن بطلانه . فبطلان التفتيش الذي تم مخالفا للاصول لا يحول دون الاخذ بما توافر من معلومات بنتيجة التفتيش ، اذا توافرت معه ادلة اخرى .

وخلاصة الامر ، يمكن القول انه بالرغم من بعض الايجابيات التي جاء بها القانون اللبناني الجديد في اطار نظرية البطلان ، الا انه ما زال بعيدا عن الاخذ بنظرية متكاملة للبطلان . وندعو المشرع اللبناني الى اعادة تقيم الوضع ، آخذا بعين الاعتبار الاجتهاد القضائي في هذا المجال .

المبحث الثالث

البطلان في القانون الفرنسي

يولي المشرع الفرنسي نظرية البطلان أهمية خاصة ، فمنذ صدور قانون تحقيق الجنايات القديم ، ونظرية البطلان تأخذ موقعا مرموقا بين نظريات قانون الاجراءات المختلفة • فقد نص هذا القانون على بعض حالات البطلان القانوني ، ونص كذلك على نظرية البطلان الذاتي • وبقي اهتمام المشرع الفرنسي بمسائل البطلان مستمرا في ظل قانون الاجراءات الجنائية الحالي•

لذلك ، فان دراسة احكام البطلان في هذا القانون تحظى باهمية بالغة لما يتمتع به من مزايا مختلفة ، ولمواكبته للنظريات القانونية الحديثة ، هذا من جانب • ومن جانب آخر فقد اثر هذا القانون – تاثيرا كبيرا – في قوانين الاجراءات الجزائية الاخرى ، وخاصة التشريعات العربية ، التي اخذت عنه احكامها اما بصورة مباشرة او غير مباشرة في احيان اخرى • فمن التشريعات العربية التي تاثرت بهذا القانون بصورة مباشرة التشريعات في مصرولللبنان ودول المغرب العربي • وقد اخذ التشريعان الاردني والسوري اغلب احكامهما عن الشريع اللبناني ، في حين تاثرت القوانين في لليبيا والامارات واليمن بالتشريع المصري، مع الاشارة الى ان بعض التشريعات اخذت احكامها عن اكثر من تشريع ، فهي تاخذ تارة عن المشرع اللبناني وفي موضوع آخر تاخذ عن المشرع المصري •

ورغم اعتبار القانون الفرنسي مصدرا تاريخيا للقانونين المصري واللبناني ، ورغم اعتبار القضاء الفرنسي مصدرا موحيا للقضاء في هذين البلدين ، فانه يمكن القول بوجود تمايز واضح بين طريقة تناول مسائل البطلان في تلك الدول ، وخصوصية التطبيقات القضائية في هذه النظم • واذا كان موقف المشرع والقضاء في مصر ولبنان لم يتغير كثيرا ، فان الامر في فرنسا على خلاف ذلك ، في ضوء التعديل الجاري على قانون الإجراءات بموجب قانون ٦ اب ١٩٧٥ وقانون ٢٤ اب ١٩٩٣ • حيث تم الاخذ " بنظرية لا بطلان بغير ضرر" وهي النظرية التي لم تاخذ بها اي من التشريعات الجزائية العربية المذكورة •

وهكذا نجد ان التشريعات التي اخذت بالنظام اللاتيني قد تاثرت بالتشريع الفرنسي بطريقة او باخرى ، ولكن على درجات متفاوتة •

ولبيان موقف المشرع الفرنسي من البطلان ومسائله المختلفة يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول : البطلان في ظل قانون تحقيق الجنايات

المطلب الثاني : نظرية البطلان في ظل قانون الاجراءات الجنائية •

المطلب الاول

البطلان في قانون تحقيق الجنايات

لم يتعرض قانون تحقيق الجنايات الفرنسي لسنة ١٨٠٨ الى بطلان الإجراء الجزائي في مرحلة التحقيق الابتدائي ، واكتفى ببيان احكام البطلان في مرحلة المحاكمة والشروط الواجب توافرها في الحكم . وقد جمع هذا القانون بين نظريتي البطلان القانوني والذاتي ،[١] حيث نص على مبدأ البطلان القانوني في المادة ١/٤٠٨ والتي قررت قاعدة " لا بطلان بغير نص " واذا كان ظاهر نص المادة السابقة يوحي بان حالات البطلان في هذا القانون قد وردت على سبيل الحصر ، فان الفقه قد ذهب الى اعتناق نظرية البطلان الذاتي استنادا الى الفقرة الثانية من نفس المادة التي تفرق بين الاجراء الجوهري وغير الجوهري ، وذلك ضمن مرحلة المحاكمة فقط ، اما مرحلة التحقيق الابتدائي فانها لم تكن مشمولة باحكام البطلان لما تتصف به هذه المرحلة من سرية وتدوين لاجراءات التحقيق ، بحيث لا يسمح فيها للمدافع عن المتهم بالقيام باي دور تطبيقا للنظام التنقيبي المعمول به في هذه المرحلة [٢] وذلك بخلاف مرحلة المحاكمة التي تتخذ فيها الاجراءات علانية ويستطيع الخصوم مناقشة الادلة تطبيقا لنظام الاتهام [٣]

وبصدور قانون ٨ كانون اول لسنة ١٨٩٧المكمل بالقانون ٢٢ اذار لسنة ١٩٢١ أدخل المشرع الفرنسي اجراءات التحقيق الابتدائي ضمن الضمانات الجوهرية المتعلقة بحقوق الدفاع [٤] ونص في المادة ١٢ منه على وجوب مراعاة ما تضمنته المواد (١و٣/٢و٩/٢و١٠ من هذا القانون) ورتب البطلان على عدم مراعاة الاجراءات التالية :

- اشتراك قاضي التحقيق في الحكم في القضايا التي قام بتحقيقها. (المادة ١)
- عدم قيام المحقق بتنبيه المتهم في محضر الاستجواب بحقه في الصمت وعدم تنبيهه الى اختيار محاميه عند اول استجواب .(المادة٣/٢)
- عدم تمكين المحامي من الاطلاع على ملف التحقيق وعلى الاوامر القضائية التي اصدرها قاضي التحقيق قبل الاستجواب بيوم .(المادة ١٠)

---

(١) كرس المشرع الفرنسي مذهب البطلان القانوني في قانون المرافعات المدنية ومنه انتقل الى قانون الاجراءات الجزائية

(٢) د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٣

(٣) د. احمد فتحي سرور،الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ص ٨٥-٨٧

(٤) Garraud , op.cit ,T ٣ , N١١٠٦, P ٤٢٩

- اذا استجوب المتهم او المدعي بالحق المدني او ووجه احدهما دون حضور محاميه او بعد دعوته للحضور ، ما لم يتنازل صراحة عن ذلك .(المادة ٢/٩)

وبالرغم من النصوص السابقة فان جانبا من الفقه يرى ضرورة الاخذ بنظرية البطلان الذاتي جنبا الى جنب مع حالات البطلان القانوني .

وبصدور قانون ٧ شباط ١٩٣٣ و٢٥ اذار١٩٣٥ وضع المشرع الفرنسي الاساس للبطلان القانوني فيما يتعلق باعمال التحقيق الابتدائي ، وخاصة تلك القواعد المتعلقة بالتفتيش وضبط الاشياء سواء تمت مباشرة الاجراء من قبل نائب عام الجمهورية (المواد ٣٧-٣٩)من قانون تحقيق الجنايات ، ام جرت مباشرتها من قبل قاضي التحقيق (المادتين ٨٨ و٨٩) ام تمت مباشرتها عن طريق قاض منتدب او احد ضباط الشرطة القضائية (المادة ٩٠ من نفس القانون)

والواقع ان البطلان في الحالات السابقة -المواد ٣٧ ، ٣٨،٣٩ ، ٨٩، ٩٠ - ينحصر في الاجراء المخالف للقانون دون ان يمتد الى الاجراءات الاخرى المتصلة به . اما اذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام وبشكل لا يمكن اصلاحه او فصله عن الاجراء المعيب ، كالتحقيق الذي يجريه قاض غير مختص ، او عدم صحة تشكيل غرفة الاتهام ، فان البطلان في هذه الحالة يشمل كافة اجراءات التحقيق . [١]

ويرى جانب من الفقه [٢] في تعليقه على القانون الصادر سنة ١٨٩٧ الى ان البطلان الذاتي ينحصر في مرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) على اساس من القول ان البطلان الذاتي ينبني على فكرة حقوق الدفاع ، وان العناصر الجوهرية في العمل الاجرائي هي فقط المتعلقه بحقوق الدفاع . ويضيف ان النظام التنقيبي هو النظام المطبق في مرحلة التحقيق الابتدائي في ظل هذا القانون وما يمتاز به من سرية في اجراءات التحقيق والتي تتم في غيبة المتهم . ويرتب على هذه النتيجة رأيا مفاده ان هذا القانون لم يات بضمانات حقيقية للمتهم سوى تخويله حق الاستعانة بمحام .اما باقي الاجراءات ، مثل الحق بالاطلاع على التحقيق وابلاغ المحامي بالاوامر والقرارت الصادرة عن قاضي التحقيق ، فان مثل هذه الضمانات لا تتعلق بالمتهم نفسه وانما تتعلق بالمدافع عنه . فاذا كان الافتراض عدم وجود مدافع عن المتهم واختار الدفاع عن نفسه فانه في هذه الحالة لن يتمتع بالضمانات الممنوحة للمدافع . وبذلك

---

(١) GARRAUD , OP .CIT , P ٤٣١

(٢) Chambon : Les nullite,s substantielles ont elles leur place dans L ,instruction preparatohre.J.C. P . ١٩٥٤ P ١١٧

فان قاضي التحقيق لايلزم باطلاعه على التحقيق او اخطاره بالقرارات التي يتخذها ، وهو ان فعل ذلك فانه يفعله بالنظر الى المتهم كمدافع وليس كخصم .

وبالنتيجة يرى هذا الفقيه انه لا مجال لتطبيق نظرية البطلان الذاتي في مرحلة التحقيق الابتدائي لما يسوده من تطبيق للنظام التنقيبي بخصائصه السابقة ، وان فكرة البطلان الذاتي فكرة تتجاوب مع مبدأ العدالة والقانون الطبيعي . وهذه لا توجد الا في مرحلة تكون تحت اشراف القاضي ويلتزم بمقتضاها بمراعاة حقوق الدفاع .

وقد اقر صاحب هذا الرأي فيما بعد بوجود استثناءات للقاعدة التي قال بها ، واعترف ببطلان الاستجواب اذا سبقه تحليف المتهم اليمين ، وبطلان الخبرة ان جرت دون حلف اليمين او صدور امر الانتداب عاما غير محدد .

والواقع ان الرأي السابق قد تعرض للانتقاد لانه افترض ان اساس نظرية البطلان الذاتي هو مجرد حماية حقوق الدفاع ، وهو راي غير سديد حيث يغفل باقي الضمانات التي تحميها القواعد الجوهرية . فنظرية البطلان لم توضع لحماية حقوق وحريات الدفاع فقط وانما وجدت لحماية حقوق جميع اطراف الخصومة ، كما وجدت لحسن سير العدالة في اجراءات الخصومة منذ بدايتها حتى صدور حكم بات فيها . [١]

اضافة الى ما سبق ، فانه لا يجوز القول بان الضمانات التي جاءت في قانون تحقيق الجنايات قد وضعت للمتهم ، ويتمتع بها عن طريق المدافع ولا تتحقق في حالة مدافعة الشخص عن نفسه. ذلك ان التفرقة بين المدافع والمتهم من هذه الناحية لا يستند الى اساس سليم . [٢]

وتجدر الاشارة ان مراعاة بعض القواعد المنصوص على ان مخالفتها ترتب البطلان تستلزم مراعاة اجراءات اخرى من شانها تحقيق الغرض من الاشكال الاولى . فوجوب وضع التحقيق تحت يد المحامي قبل الاستجواب بيوم يسري على مبدأ المواجهة كذلك . وان ترتيب البطلان على عدم ابلاغ المحامي بالقرارات الصادرة عن قاضي التحقيق يقتضي ابلاغ المهتم في بداية التحقيق بحقه في الاستعانة بمحام [٣]

وقد استقرت احكام القضاء الفرنسي في ظل قانون تحقيق الجنايات ومنذ قانون ١٨٩٧ على ربط فكرة الشكل الجوهري بحسن ادارة العدالة وحماية حقوق الدفاع . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانه يعتبر من الاشكال الجوهرية ، التوقيع على الطلب المقدم لقاضي

---

[١] د . لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ١٤٠

[٢] Dessaigne , Sanction de la loi sur la reforme instructions criminelles p ١٠٤

[٣] د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٣٦

التحقيق لافتتاح التحقيق • [١] ودعم هذا الطلب بالاوراق اللازمة للسير في التحقيق [٢] وتوقيع القاضي على الامر الصادر بندب الخبير [٣] واستعانة قاضي التحقيق بكاتب [٤] ورتبت البطلان على مخالفة هذه الاشكال الجوهرية • وقضت –تطبيقا لمبدأ احترام حقوق الدفاع – ببطلان استجواب المتهم اذا كان مسبوقا بحلف اليمين [٥] وبطلان الاعتراف الناتج عن وسائل غير مشروعة [٦] كما قضت بعدم توافر البطلان اذا رفضت المحكمة التاجيل لتسهيل اتصال المتهم بمحاميه [٧] او اذا امر المحقق بضم المستندات الى ملف الدعوى دون تمكين المحامي من الاطلاع عليها قبل التحقيق ما دامت لا تحتوي على استجواب جديد للمتهم [٨]

المطلب الثاني
البطلان في ضوء قانون الاجراءات الجنائية

لم يختلف موقف المشرع الفرنسي من نظريات البطلان في ظل قانون الاجراءات الجنائية الحالي كثيرا عن موقفه السابق في قانون تحقيق الجنايات • فاعاد التاكيد على الاخذ بالمنهج الذي يجمع بين نظريتي البطلان القانوني والذاتي من ناحية ، والتوسيع من نطاق البطلان ليشمل بالاضافة الى مرحلة المحاكمة مرحلة التحقيق الابتدائي •

وقد راعى المشرع في ذلك ما استقرت عليه احكام القضاء [٩] فاخذ بنظرية البطلان القانوني في المواد (٥٦و٥٧و٥٩و٩٥و٩٦) وهي المتعلقة باجراءات البحث عن الادلة في حالة التلبس بالجريمة كتفتيش الاشخاص والاماكن وضبط الاشياء • كما نص على البطلان القانوني في المادة ١٧٠ عندما قرر البطلان بالنسبة لجميع الاجراءات والقواعد الشكلية التي تقع على وجه مخالف لما تقضي به المواد ١١٤ –١١٨ من هذا القانون •وهي التي تنظم الاجراءات الخاصة بضمانات سؤال المتهم عند الحضور الاول ، وتمكينه من الاستعانة بمحام

---

(١) Crim ,٤ ,dec · ١٩٥٢ , Bull ·No ٢٩·
(٢) Crim ٦, Juillet , ١٩٥٥ No ٣٣٩
(٣) Crim٢٧ Juillet ,١٩٥٧ No ٥٢٩
(٤) Crim ١٢ mars ١٩٥٩ No ١٦·
(٥) Crim , ١٢ Juin ١٩٥٢ , Bull . No ١٥٣
(٦) Crim , ٢٢ Juin ١٩٣٣ . Bull . No ١٣٢
(٧) Crim ٩ mars ١٩٥٤, No ٤
(٨) Crim ,٣· ,nov , ١٩٥٣ N ٢٢·
لمزيد من التفصيل انظر د• احمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية المرجع السابق ، ص ص ٥٣٩–٥٤٠ ،النقض في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ١٨٣
(٩) Bouzat et Pinatel , Traite de droit penal et de criminology , Paris ١٩٧· , P ,١٢٢٤

لقد استحدث قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي بموجب القانون المعدل رقم ٦ آب ١٩٧٥ ضابطا اضاف بمقتضاه معيار الضرر بمصالح الخصوم لكي يحكم بتقرير البطلان ، وذلك تطبيقا لمبدأ " لا بطلان بغير ضرر "

وقد بين المشرع الفرنسي في المادة (٨٠٢) من قانون الاجراءات انه في حالة خرق الصيغ المحددة بالقانون بجزاء البطلان او بعدم مراعاة الاشكال الجوهرية ،باستثناء ما ورد في المادة ١٠٥ من قانون الاجراءات الجنائية ، فان كل جهة قضائية بما فيها محكمة التمييز تنظر طلبا للبطلان ، او تكشف من تلقاء ذاتها مخالفة اجرائية لا تملك الحكم بالبطلان ما لم يكن قد الحق ضررا بمصالح الطرف الذي يعنيه هذا البطلان [١]

اذا وفقا لهذا التعديل لا يكفي مجرد وجود مخالفة لقاعدة جوهرية حتى يحكم القاضي الفرنسي بالبطلان ، بل لا بد ان يتوافر شرط آخر وهو حصول ضرر للخصم الذي يريد التمسك بالبطلان ٠ فاذا لم يوجد مثل هذا الضرر فلا يترتب البطلان ولو كانت المخالفة لقاعدة جوهرية ٠ وقد استثنى المشرع الفرنسي من هذه الاحكام الاجراء الوارد في المادة ١٠٥ والمتعلق بعدم جواز سماع الشخص كشاهد اذا كانت هناك دلائل كافية على الاشتباه فيه مما يؤدي الى اتهامه ، بغية استبعاد الضمانات المقررة لمصلحة المتهم ،وهو ما يسمى بالاتهام المتاخر ٠[٢]

وفي صدد تحديد مفهوم ونطاق الضرر ، يرى جانب من الفقه وجوب التوسع في مفهوم الضرر ، واعتبار كل خطأ اجرائي مؤد الى البطلان منطويا بحكم الضرورة على احداث الضرر [٣] الا ان محكمة النقض الفرنسية ذهبت الى خلاف الراي السابق ، وقامت بالتضيق من نطاق الضرر واشترطت ان يكون من شان المخالفة احداث ضرر للخصم الذي يتمسك بالبطلان [٤]

ويمكن ايراد بعض الملاحظات على المادة ٨٠٢ والتي تتلخص بما يلي :

- ان المذهب الذي اتبعه المشرع الفرنسي والمتعلق بتطبيق قاعدة لا بطلان بدون ضرر لا ينحصر مجاله في مرحلة دون اخرى ، فهو يطبق في مرحلة المحاكمة كما يطبق في مرحلتي التحقيق الابتدائي والاستدلال على حد سواء ٠ والدليل على ذلك ان هذه المادة وردت في الاحكام العامة ، مما يعني انطباقها على جميع مراحل الدعوى ٠

---

(١) V .A. MAURICE- HERSANT , " reflexions sur l,article ٨٠٢ .D١٩٧٦ .P١١

مشار اليه لدى د٠سليمان عبد المنعم ، اصول الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١١٤ هامش ١

(٢) د٠ هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧١٧

(٣) J . Robert,Les lais du ١١ Juillet et du ٦ aout ١٩٧٥ ,no ١٣٥

د٠احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥

(٤) Crim , ٢٥ Janvier ١٩٧٧ ,Bull crim ,no ,٣١

- لم يحدد المشرع موقفه من البطلان المتعلق بالنظام العام ، فيما اذا كان مشمولا بشرط الضرر ام لا ،الا ان محكمة النقض الفرنسية اضافت للاستثناء الوارد في المادة ١٠٥ ، حالات البطلان المتعلق بالنظام العام [1]،وهذا الاستثناء القضائي تبعه تأكيد من المشرع باعتبار حالات البطلان المتعلق بالنظام العام من بين الحالات المستثناة من شرط حصول الضرر وذلك بالقانون المعدل لقانون الاجراءات الجنائية الصادر لعام ١٩٩٣ ، وقد وسع المشرع بموجب هذا التعديل من صلاحيات قاضي التحقيق في استقبال كل طلبات البطلان وفي أي اجراء حتى لو كان في مرحلة الاستدلال، والواقع ان هذا الاستثناء المتعلق بالنظام العام تفرضه طبيعة الامور ، لانه يفترض توافر الضرر الذي يلحق بالمجتمع بوجه عام نظرا لارتباط هذه القواعد بالمصالح العليا للمجتمع ،

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان بعض المخالفات الاجرائية المتعلقة بالنظام العام ، ولو لم ينجم عنها ضرر للخصوم ، ومن قبيل ذلك الاجراءات المتعلقة بتشكيل جهات التحقيق ، وخاصة ضرورة تعين قاضي التحقيق من قبل رئيس المحكمة الابتدائية حسبما تقضي به المادة ٨٣ من قانون الاجراءات الجنائية ،[2] وتجاوز قاضي التحقيق نطاق اختصاصه وامتداد تحقيقه الى افعال خارج نطاق الاختصاص [3] وعدم قيام المترجم بحلف اليمين [4] وعدم الالتفات الى قاعدة الاثر الموقف لطرق الطعن من جهة الغرفة الاتهامية[5]

- لم تكن الصياغة موفقة في هذه المادة عندما نسبت الضرر الذي يلحق احد اطراف الدعوى الى البطلان ، مع ان الضرر يترتب نتيجة العيب الذي شاب الاجراء وليس نتيجة البطلان ، فالاخير هو الجزاء الذي يترتب عند وقوع اجراء معيب نتج عنه ضرر للطرف الذي يتمسك بالبطلان ، [6]

---

(1) Jeandidili et Belot , Les grandes decion de la Jurisprudence , procedure ,penal
مشار اليه لدى د،احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ،المرجع السابق ،ص٣٧٦

(2) Crim ١٨Mai ١٩٨٣ ,D.١٩٨٤ ,p١٨٨,note a .A. JEANDIDIER

(3) Cour d,appel de ROUEN ,١٥ Juin١٩٨٢,D.١٩٨٣,p.١٤٥,note p.CHAMBON

(4) Crim . ٢ fevrier١٩٧٧, B .C. N ٤٢

(5) Crim . ١٩Mai١٩٨٠, D.١٩٨١ ,p. ١٧٧ ,note A.GEANDIDIER

واكدت محكمة النقض الفرنسية موقفها في عدم اشتراط توافر الضرر في الحالات المتعلقة بالنظام العام ، انظر على سبيل المثال ، Crim , ١٠ november ١٩٧٧ , D ١٩٧٨ ,Crim, ١٧ avil ١٩٨٠ .J.C.P .١٩٨١ . ١٧ . ١٩٦٣, Crim ,٢ december ١٩٨٠ , Bull crim no ٣٢٧ ,Crim ١٧ fevrie, ١٩٨١,Bull .no,٦٥

(6) يرى الدكتور فتحي والي ان المشرع المصري قد تجنب الخطأ اللفظي الذي وقع فيه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات لعام ١٩٣٥ عندما اشترط ان يرتب البطلان ضررا بمصلحة الخصم ، بينما اشترط المشرع المصري ان يترتب الضرر على العيب ، المادة ٢٠ من قانون المرافعات المصري ، ويمكن توظيف نفس الانتقاد الى المشرع الاجرائي الجزائي الفرنسي طالما انه رتب الضرر الموجب للبطلان على الاخير وليس على الإجراء المعيب ،

– وعلاوة على ان هذه المادة صيغت بشكل سيئ ، فانها تجعل من محكمة النقض محكمة موضوع ، وتعطيها صلاحية بيان الاجراء الجوهري من غير الجوهري ، وهذا الامر ليس من صلاحياتها ، وهو دور منوط بقاضي الموضوع .(١)

ولم يتوقف اجتهاد محكمة النقض عند بيان البطلان المتعلق بالنظام العام ، بل قضت ببطلان الاجراءات التي تنتهك حقوق الدفاع او مصالح الخصوم متى ترتب على هذه المخالفات ضرر للطرف الذي يتمسك بالبطلان تطبيقا لاحكام المادة ٨٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، فاعتبرت من قبيل الاجراءات التي يترتب علىمخالفتها البطلان عدم تمكين المحامي من الاطلاع على ملف الدعوى قبل فحص الغرفة الاتهامية للاجراءات(٢) واغفال ابلاغ المحامي بتاريخ جلسة الغرفة الاتهامية ، بما يستحيل عليه ايداع مذكرة بدفاعه او ابداء ملاحظاته الشفوية (٣) والتاخير في ابلاغ المحامي لحضور استجواب موكله اذا ترتب على هذه المخالفة عدم تمكن المحامي من حضور الاستجواب بالفعل (٤)

والواقع ، ان قانون الاجراءات الفرنسي بعد تعديله بالقانون الصادر عام ١٩٩٣ اعتنق مذهبي البطلان القانوني والذاتي ٠ فبالنسبة الى البطلان القانوني فقد حدد حالاته في بطلان التفتيش والبحث داخل جسم المتهم (المواد ٥٥،٥٦ ، ٥٧،٥٩،٧٦،٩٥،٩٦)والتحقق من شخصية المتهم (المادة٧٨) والتصنت التلفوني على محام دون اخطار نقيب المحامين (المادة ٧/١٠٠) اما البطلان الذاتي فيستخلص من نص المادة ١٧١ من قانون الاجراءات الجنائية والتطبيقات القضائية ، ويمكن القول ان البطلان الذاتي يتوافر في حالتين هما:

– في حال اغفال النصوص المتعلقة بالنظام العام ٠

–اغفال النصوص الماسة بحقوق الدفاع ٠

وبالنتيجة فقد اعتمد القضاء الفرنسي في مراحل تطوره المختلفة لتحديد معنى الاجراء الجوهري معيارين هما ، النظام العام ، واحترام حقوق الدفاع (٥)

والملاحظ ان احكام محكمة النقض الفرنسية قد توسعت في حالات البطلان الذاتي في ظل قانون تحقيق الجنايات ، حتى تسد النقص الذي كان يشوب حالات البطلان القانوني ٠ وبالمقابل فقد ضيقت هذه المحكمة من نطاق البطلان الذاتي في ظل قانون الاجراءات الجنائية

---

(١) Jean Prade , Droit penal Tome II Proce dure penal ١٨e,dition mis ajour au ٣٠ Avril Paris ١٩٩٥ P٥٧٢

(٢) Crim . ١٤ Fevrir ١٩٨٤ ,B .C .n٥٦

(٣) Crim .٣ avril ١٩٨٤ , B . n ١٣٦, ٢٤ Juin ١٩٨٥ ,B .C n ٢٣٤

(٤) Crim .٢Septembere ١٩٨٦ ,B .C .n ٢٥١

مشار الى القرارت السابقة لدى د٠ سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ،ص ١١٤

(٥) J.Pradel ,procedure penal ,١٩٩٣,p٥٢ د٠احمد فتحي سرور،مرجع سابق،ص ١٨٤

حيث لم يعد هنالك مبرر لهذا التوجه ، في ضوء توسع المشرع في حالات البطلان القانوني وبالنتيجة فان تضييق المشرع من نطاق البطلان في جانب ، يتبعه توسع من قبل القضاء في الجانب الاخر،حتى تكون هنالك موازنة عادلة بين حماية مصلحة الفرد من الحرية وحماية مصلحة المجتمع من العقاب . [1]

وترتب على ماسبق ان حصرت محكمة النقض فكرة حقوق الدفاع في نطاق ضيق . حيث تبدى ذلك في استبعاد المحكمة لفكرة حقوق الدفاع في مرحلتي التحقيق الابتدائي والاستدلال . فمأمور الضبط القضائي لا يستطيع سماع من توفرت بحقه دلائل على الاتهام كشاهد بغية تعطيل حقوق الدفاع لديه والا كان الاجراء باطلا[2] وبخلاف هذه الحالة فان مامور الضبط القضائي في حل من الالتزام بفكرة حقوق الدفاع اوحماية الحرية الفردية . وتهدف المحكمة من وراء اضفاء الحماية على تصرفات مامور الضبط القضائي اعطاء محضر الاتهام قيمة اكبر ، حيث يبقى سليما من الناحية الشكلية حتى لو كانت هناك جزاءات تاديبية او جنائية توقع على مامور الضبط اثناء عمليات التحري وكشف الادلة .

وقد تعرض موقف المحكمة المتساهل مع ماموري الضبط القضائي وعدم ترتيب البطلان على الاجراءات المخالفة للقانون والاكتفاء بتوقيع الجزاءات التاديبية والجنائية عليهم ، للنقد الشديد من الفقهاء ، على سند من القول ان حماية الحريات الفردية للافراد الذين تطالهم اجراءات ماموري الضبط القضائي اكثر اهمية في هذه المرحلة من مرحلة اخرى .[3]

وقد امتدت فكرة استبعاد حقوق الدفاع وحماية الحريات الفردية الى مرحلة التحقيق الابتدائي عندما لم تقرر المحكمة بطلان قرار قاضي التحقيق بالحبس الاحتياطي المشوب ببعض العيوب الشكلية [4] او عدم توقيعه على محضر الاستجواب [5] او عدم تسبيبه القرارات الصادرة عنه .[6] واذا كانت هذه هي القاعدة العامة التي تسير عليها محكمة النقض الفرنسية فقد ورد على هذه القاعدة استثناءان : الاول يتعلق بالدعاوي المرفوعة امام محكمة امن الدولة، حيث تتجه محكمة النقض الى ابطال اجراءات ماموري الضبط القضائي التي يترتب عليها تشويه كامل لممارسة حقوق الدفاع، على اعتبار ان هذه المحاكم لا تتوفر فيها رقابة فعالة لفحص تصرفات ماموري الضبط القضائي ،الامر الذي يستوجب يقضة محكمة النقض

---

[1] د. هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧١٧

[2] د. هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧١٩

[3] د. هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧١٨

[4] Crim . ٤ Mai ١٩٦١ , Bull . crim . no . ٢٢٧

[5] Crim . ١٢ Janv . ١٩٦٧ , Bull . crim .no . ٢٤

[6] Crim . ٤ fev . ١٩٦٠ ,Bull .crim .no . ٦٦

لهذا النوع من القضايا ٠ والنوع الثاني، يتمثل في المخالفات الاجرائية التي تلحق ضررا جسيما بذوي الشأن ٠

وخلاصة الامر ان الموقف المتشدد الذي اتبعته محكمة النقض الفرنسي حيال حقوق الدفاع هو نفسه الموقف الذي اتبعه المشرع في القانون رقم ٦ آب١٩٧٥ عنما اضاف المادة ٨٠٢ الى قانون الاجراءات الجنائية وعلى التفصيل الذي تم بيانه سابقا ٠

المبحث الرابع

البطلان في القانون الايطالي

خصص المشرع الايطالي المطلب الرابع من الباب التمهيدي في قانون الاجراءات الجنائية للاعمال الاجرائية ، وخصص الفرع السابع من هذا المطلب لنظرية البطلان التي وردت ضمن المواد(١٨٤- ١٨٩) من هذا القانون . (١)

---

(١) يعتبر قانون الاجراءات الجنائية الايطالي الذي بدأ العمل به في ٢٤ تشرين الاول عام ١٩٨٩ نهاية لصراع طويل بدأ بعد هزيمة ايطاليا في الحرب العالمية الثانية وسريان العمل بما يعرف "بتقنين روكو" .ومنذ عصر النهضة القانونية في اوروبا وظهور افكار " شيزار بيكاريا " وغيره من الفقهاء توالت على ايطاليا تقنينات عديدة كان من اهمها تقنين " زنارديللي" لعام ١٩١٣ .وتقنين الاجراءات الجنائية لعام ١٩٣١المعروف باسم تقنين روكو . وقد اثار القانون الاخير الكثير من التساؤلات ، ومحاولة وصفه بالفاشية نظرا لان رئيس وزراء ايطاليا انذاك كان الزعيم "تيتو موسليني". ولم تستطع القوى المختلفة تقديم البديل لهذا القانون ، وانتهى الامر الى اجراء بعض التعديلات اليسيرة عليه ، مما اثر سلبيا على الدعوى الجنائية والعدالة الجنائية في ايطاليا بوجه عام . وقد جرت محاولات عديدة لوضع تشريع جديد للاجراءات الجنائية ،وتم تكليف العديد من اللجان للقيام بمثل هذه المهمة وتكللت هذه الجهود بالنجاح والموافقة على قانون الاجراءات الجنائية رقم ٤٤٧بتاريخ ٢٢ ايلول ١٩٨٨ ونشر بالجريدة الرسمية رقم ٢٥٠ بتاريخ٢٤ تشرين الاول١٩٨٨على ان يكون تطبيقه بعد سنة كاملة من نشره بالجريدة الرسمية . وقد اطلق على هذا القانون الجديد تقنين "جوليانوفاساللي" استاذ الاجراءات الجنائية في جامعة لاسابنيسا بروما . وقد احتوى القانون الجديد على مائة وخمس من القواعد الارشادية التي اوجب التقيد بها بالاضافة الى المبادئ الاساسية للدستور الايطالي وقواعد الاتفاقات الدولية التي اعتمدتها ايطاليا والقواعد الخاصة بحقوق الانسان في الدعوى الجنائية

وتهدف هذه القواعد الارشادية المنتقاة من جانب المشرع الايطالي الى تبسيط الإجراءات وازالة كل نشاط اجرائي لا فائدة منه بهدف تحقيق السرعة المطلوبة في الدعوى الجنائية . وانصب الاختيار بصورة رئيسية على تطبيق بناء لاجراءات الدعوى يتصف بالنظام الاتهامي مع توفير قاعدة المساواة بين المتهم والادعاء بالنسبة للخصومة الجنائية . وهذا التوجه يشكل انقلاب اجرائي حقيقي لان القانون السابق الصادر عام ١٩٣١ كان يعتنق نظام التنقيب والتحري باعتباره نتاجا لنظام تسلطي جعل من النيابة العامة تابعة للحكومة ومارس تاثيرا حزبيا على القضاة .

انظر د. محمد زيد ابراهيم ، السمات الاساسية لقانون الاجراءات الجنائية الايطالي الجديد، المائدة المستديرة الاتجاهات الحديثة في قانون الاجراءات الجنائية الايطالي الجديد ، مجموعة دراسات في قانون الاجراءات الجنائية وحقوق الانسان بعنوان الاجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الانسان ، د محمود شريف بسيوني ود. عبد العظيم الوزير ، دار العلم للملايين ، ط١ ، ١٩٩١ ،ص ص٨٨٧-٨٩١

وبدراسة موقف المشرع الايطالي من هذه النظرية نجد انه اخذ بنظرية البطلان القانوني ، تطبيقا لمبدأ " لا بطلان بدون نص " وقد تأكد هذا التوجه من خلال المادة ١٨٤ من هذا القانون التي تنص على مايلي " لا يترتب البطلان على مخالفة الاشكال المقررة للاعمال الاجرائية الا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة " [١]

وقد اورد المشرع الايطالي في المادة ١٨٥ حالات عامة يترتب البطلان على مخالفتها وهذ المخالفات هي :

- تعين القاضي وشروط اهليته التي تنص عليها قوانين التنظيم القضائي والعدد المطلوب لتشكيل الدوائر القضائية .
- تدخل النيابة العامة في استعمال الدعوى الجزائية واشتراكها في الخصومة وفي كل عمل يوجب القانون اشتراكها فيه .
- تدخل المدعى عليه ومساعدته وتمثيله في الحالات وبالاشكال التي ينص عليها القانون .

والحقيقة ان تنظيم المشرع الايطالي لحالات البطلان ضمن قواعد عامة ، كالقواعد الواردة في المادة ١٨٥ لا تعطي مؤشرا الى اعتناقه مذهب البطلان الذاتي . فبالرغم من العمومية التي تمتاز بها هذه الحالات الا انها تبقى محدودة من حيث سلطة القاضي في تقرير البطلان عند وقوع مخالفات مشابهة لتلك الحالات الواردة في هذه المادة ، ولوكانت متحدة في العلة. لان المذهب الذاتي يتطلب ان تكون القاعدة التي خولفت قاعدة جوهرية او اساسية ، وان ايراد هذه الحالات العامة بهذه الصورة ، وان كان فيه خروج على المنهج الذي اتبعه المشرع الايطالي ، الا انها لا تشكل خروجا على مذهب البطلان القانون الذي اعتمده .ما دام انه الزم القاضي بهذه القواعد وحدد له الحالات التي يوقع فيها البطلان ، ولم يسمح له بالخروج عنها[٢]

وقد حاول جانب من الفقه التخفيف من غلواء تطبيق مذهب البطلان القانوني الذي اتبعه المشرع الايطالي عن طريق الاخذ بنظرية الانعدام ، لاهدار اثار بعض الاجراءات المعيبة والتي بلغ العيب فيها حدا جسيما ، وان لم ينص المشرع على بطلانها ، انطلاقا من حقيقة راسخة وهي ، ان الانعدام لا يحتاج الى نص او تدخل من المشرع لتقريره . وهم بذلك يتفادون المساوئ التي تترتب على الاخذ بمذهب البطلان القانوني . فكلما كان المشرع

---

[١] المواد التي حصر فيها المشرع الايطالي حالات البطلان هي : ١١ ، ٧٠ ، ١٢٥ ، ١٣٧ ، ١٤٢، ١٤٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٧٩ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ٢٦٥ ، ٣١٣ ، ٣١٥، ٣٢٨ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩، ٣٥٠ ،٣٥١ ، ٣٥٢ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ ، ٣٥٨ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ = ٣٩٨ ، ٤١٢ ، ٤٢٣، ٤٣٨ ، ٤٤١ ، ٤٤٢، ٤٤٥، ٤٤٨، ٤٥٠، ٤٥٤، ٤٦٢، ٤٦٥، ٤٦٨، ٤٧٣، ٤٧٥، ٣٩١، ٥١٧، ٦٣٠ ، ٦٦٦

[٢] Pannain(Remo):Le sanzioni degli atti processuali penali , ١٩٣٣ , p ٣٠٣

مشار اليه لدى د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص ١٣٢

صارما في تطبيق هذا المذهب غدت الحاجة الى الاخذ بنظرية الانعدام اكبر للتخفيف من الاثار السلبية المترتبة على الاخذ بالبطلان القانوني بشكل مطلق [١].

وقد ثارت مشكلة الانعدام في القانون الايطالي في تقنين "زنارديللي " عندما الغى المشرع الفقرة الثانية من المادة ١٨٤ ، التي كانت تجيز تصحيح كل انواع البطلان المصوص عليها ، وتم اضافة فقرة جديدة للمادة ١٨٥نصت على عدم اجازة تصحيح جميع انواع البطلان ويجب الكشف عنها في كل حالة او درجة كانت عليها الدعوى . وقد كان هذا التغير التشريعي نواة للجدل الذي قام في الفقه الايطالي حول نظرية الانعدام [٢] وبتحليل الاراء الفقهية في ايطاليا تجاه نظرية الانعدام يمكن القول بوجود ثلاثة اتجاهات في هذا المجال :

- الاول ، ينكر ادخال مجموعة من الاعمال الاجرائية المنعدمة الى جانب الاعمال الاجرائية الباطلة ، بسبب عدم تحديد فكرة الانعدام ، من جانب ،وعدم وجود نصوص قانونية تحدد الاعمال المنعدمة في قانون الاجراءات الجنائية . ويخلص اصحاب هذا الرأي الى القول ان فكرة الانعدام لا اساس لها من القانون .[٣]

- يرى فريق آخر من الفقهاء ان فكرة الانعدام تختلط مع البطلان ، حيث يشكل الاثنان نظاما واحدا . ويضيف اصحاب هذا الراي – في انتقادهم لاصحاب الرأي الاول – ان العمل الاجرائي الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني ، في حين ان الإجراء الباطل بطلانا نسبيا هو الذي يوجد بصفة قانونية ، وبالتالي لا يجوز الحديث عن الانعدام من وجهة النظر القانونية لانه لا يختلف عن البطلان . [٤]

- ويرى اغلبية الفقهاء وجود تفرقة بين الانعدام والبطلان . حيث يقع على عاتق المشرع تحديد فكرة العمل الاجرائي وليس من واجبه تحديد فكرة الانعدام ، ومن المنطقي استخلاص الفكرة السلبية من الفكرة الايجابية . وترى هذه الاغلبية ان العمل القانوني يشكل دائما جانبا واقعيا وجانبا قانونيا ، وان الانعدام يراد به الانعدام القانوني لا ألانعدام المادي [٥].

من جهة اخرى ذهب جانب من الفقه ، الى التفريق بين الاعمال الداخلة في الخصومة وتلك الخارجة عنها . فالمشرع لا يملك تقرير البطلان كجزاء اجرائي الا على الاعمال الداخلة في الخصومة ، لان هذا الجزاء يضمن مباشرة هذه الاعمال وفقا للقانون . اما

---

[١] Pannain , op.cit , p ٧٣

[٢] د. محمد زيد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٤٢٢

[٣] Manzini V . : Trattato dir . proc. Pen. , vol . lll , ١٩٥٢ , p ٩٥

[٤] Carnelutti :Rivsta processuale ١٩٥٥, p. ٢١.

[٥] من هؤلاء الفقهاء ،" ماساري " و" ليوني " و" اسكاريللي " لمزيد من التفصيل ينظر د. محمد ابراهيم زيد ، المرجع السابق ، ص ص ٤٢٤-٤٢٥ ، وينظر كذلك المبحث المتعلق بالانعدام

الاعمال الخارجة عن الخصومة فان عدم مراعاة الاشكال المطلوبة فيها يؤدي الى عدم صحتها او الى عدم نفاذ آثارها او عدم قبولها في الخصومة ، ولكنه لا يؤدي الى البطلان الاجرائي.[١]

اما موقف المشرع الايطالي من انواع البطلان المختلفة ؛ فقد ثار جدل واسع في الفقه الايطالي حول البطلان المتعلق بالنظام العام ، وفيما اذا كان الاخير هو نفسه البطلان المطلق وهل هما اسمان لمسمى واحد ام انهما يختلفان في الجوهر والمضمون ؟ من الفقهاء من يرى ان الحالات المنصوص عليها في المادة ١٨٥ هي حالات بطلان عامة اما الحالات الاخرى فهي حالات خاصة وان هذه التفرقة هي تفرقة نظرية بحتة [٢]

وازاء الجدل الفقهي الدائر تدخل المشرع بالقانون رقم ٥١٧ لسنة ١٩٥٥، ولكن الجدل لم ينته بشان المادة ١٨٥ التي تعتبر بعض الحالات وكانها بطلان مطلق .

وقد انتقد جانب من الفقه مصطلح البطلان المطلق لان النص السابق يرمي الى اعتبار البطلان المطلق بطلانا متعلقا بالنظام العام وليس العودة الى البطلان الذاتي الذي الغاه المشرع قبل تقنين ١٩٣٠ وقد اضطرت هذه الانتقادات المشرع الايطالي للتدخل مرة اخرى بتعديل يحدد ما يلي:

- ابقى المشرع مجموعة البطلان المتعلق بالنظام العام كاطار للدلالة على تشخيص النصوص المتعلقة بالبطلان وهذه الحالات لا تتطابق مع مجموعة البطلان المطلق .

- اعتبر مجموعة اخرى تؤدي الى البطلان المطلق ، لانها عيوب تلحق بالاعمال الاجرائية او الرابطة الاجرائية ، ويتم الكشف عنها في أي مرحلة من مراحل الدعوى وهذه الحالات هي :

أ- البطلان المتعلق باهلية القاضي وتشكيل المحكمة

ب- البطلان المنعلق بتحريك النيابة العامة للدعوى الجزائية .

ج- البطلان المتعلق بعدم اعلان المتهم او عدم حضور محام عنه .

- لقد جاء المشرع الايطالي بمجموعة وسطى اطلق عليها " البطلان المطلق بصورة نسبية " وهي حالات تأخذ خصائص مشتركة من البطلان المطلق والنسبي ، اذ يمكن التمسك بها من الاطراف والقاضي من تلقاء نفسه ولكن خلال فترة محددة في الدعوى سواء كان ذلك في مرحلة التحقيق الابتدائي او النهائي حتى قفل باب المرافعة . وامام محكمة الدرجة الاولى او الاستئناف او حتى امام محكمة النقض . وتتصل هذه الحالات باشتراك النيابة العامة والبطلان

---

[١] Pannain , op.cit , p ٣١٠.

[٢] د. محمد زيد ابراهيم ، السمات الاساسية لقانون الا جراءات الجنائية الايطالي الجديد، المرجع السابق ، ص٨٩٧

المتعلق بشتراك المتهم وتمثيله في غير الحالات المتعلقة باعلان المتهم او غياب المحامي عن المرافعة ٠

وقد ورد في المذكرة التفسيرية لهذا القانون تعليقا على باب البطلان ، ان المشرع الايطالي قد احتفظ بمسلك تقنين روكو ١٩٣١ واخذ بالبطلان المطلق ، والبطلان المطلق النسبي ، والبطلان النسبي ٠

ومن خصائص البطلان المطلق عدم قابليته للتصحيح ويتم الاحتجاج به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ٠ اما البطلان المطلق نسبيا فيتصف بامكانية الكشف عنه تلقائيا من قبل القاضي ، ولكن ليس في كل مراحل ودرجات الدعوى ، بل في مدة محددة نصت عليها المادة ١٨٥ ، ولا يجوز الكشف عنه بعد صدور حكم من محكمة الدرجة الاولى ٠ وفيما يتعلق بالبطلان النسبي فانه لا يتقرر الا بناء على طلب من الاطراف ، واذا لم يثر خلال المواعيد المحددة فيسقط الحق في طلبه ٠

وقد ابقى قانون الاجراءات الجنائية الايطالي (الجديد) على التقسيم الثلاثي المتعلق بالبطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان النسبي والبطلان المطلق ٠ حيث تنص المادة ١٧٨من هذا القانون على ان حالات البطلان المتعلق بالنظام العام هي الحالات التي كانت تحت اسم البطلان المطلق ، اما حالات البطلان المطلق فهي :

- عدم احترام الشروط الخاصة بالحالة الواردة في الفقرة الاولى من المادة ١٧٠ والمتعلقة باهلية القاضي وتشكيل المحكمة ٠
- تحريك الدعوى العامة من النيابة العامة ، والحالات التي ينص فيها المشرع على ضرورة مساهمتها في المحاكمة ٠
- اعلان المتهم والحالات التي يكون فيها وجود الدفاع ملزما ٠

اما عن موضوع التمسك بالبطلان في القانون الاجرائي الايطالي فيمكن بيانه على النحو التالي :

اذا كان البطلان الذي شاب احد الاجراءات نسبيا فيصححه عدم التمسك به كتابة في الموعد القانوني المحدد لدى قاضي التحقيق او غرفة التحقيق ، بعد انقضاء المهلة المحددة لاطلاع ذوي الشأن على ملف التحقيق (بالنسبة للتحقيق الاصيل) او عدم التمسك به كتابة لدى قاضي الموضوع في الموعد القانوني المحدد بعد اعلان تكليف الحضور او بعد طلب استصدار الحكم بالبراءة بالنسبة للتحقيق المقتضب ٠

هذا فيما يتعلق بالبطلان النسبي ، اما اذا كان البطلان الذي شاب الإجراء مطلقا وحدث التمسك به امام قاضي التحقيق ، بطل كل ما يلحق الحالة التي طرأ فيها سبب البطلان ٠ واذا كان التمسك بالبطلان المطلق قد تم امام غرفة التحقيق ، فانها تبطل قرار قاضي التحقيق ،

وتتولى التحقيق بنفسها •اما ان كان التمسك بالبطلان امام محكمة التمييز ، فتحيل القضية الى غرفة التحقيق لاعادة التحقيق فيها بالشكل الصحيح •

اما عن التمسك بالبطلان امام قضاء الحكم ، فيفرق في هذا المجال بين التحقيق المقتضب والتحقيق الاصيل • فاذا كان التحقيق مقتضبا ونشأ البطلان المطلق امام قاضي الموضوع في الموعد القانوني واثناء الفترة السابقة على بدء المحاكمة ،يبطل التكليف بالحضور ، ويحيل القاضي الدعوى الى النيابة العامة لاعادة التحقيق بالصورة الصحيحة • اما اذا جرى التمسك بالبطلان بعد المحاكمة فلا تحال الدعوى الى النيابة العامة ، بل تتولى محكمة الدرجة الاولى اعادة التحقيق • واذا جاء التمسك البطلان امام محكمة الدرجة الثانية احالت الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى •

هذا فيما يتعلق بالتحقيق المقتضب • اما عن التحقيق الاصيل ، فانه اذا شاب البطلان المطلق قرار الاحالة الى المحكمة ، فان محكمة الموضوع تقرر بطلان ذلك القرار واعادة القضية الى قاضي التحقيق ليتولى اعادة التحقيق فيها بصورة صحيحة •واذا لحق البطلان المطلق جميع الاجراءات الاخرى سوى قرار الاحالة ، تقضي محكمة الدرجة الاولى بالبطلان وتحقق بالدعوى دون اعادتها الى قاضي التحقيق • واذا تم التمسك البطلان المطلق امام محكمة الدرجة الثانية قضت هذه المحكمة به واعادة القضية الى محكمة الدرجة الاولى واذا كان البطلان ينصب على اجراء تمهيدي فيجب التمسك بالبطلان فور افتتاح المحاكمة ،اما اذا كان الإجراء المعترض عليه من اجراءات المحاكمة فيتم الاعتراض عليه فور اتخاذه ، وان كان ينصب على الحكم فيكون التمسك به عن طريق الطعن به حسب الاصول • [1]

وفيما يتعلق بآثار البطلان في القانون الايطالي فقد نص المشرع على هذه الاثار في المادة ١٨٩ والتي جاء في فقرتها الاولى ما يلي " اذا تقرر بطلان عمل ما فانه يؤدي الى بطلان الاعمال اللاحقة والمترتبة عليه "

وقد تميز هذا النص بدقة الصياغة اذا ما قورن بنصوص مشابهة في قوانين اخرى ، كالنص الوارد في المادة ٣٦٣ من القانون المصري التي تقرر ان البطلان يتناول جميع الاثار المترتبة على الإجراء الباطل مباشرة • ولا شك ان الإجراءات المترتبة على الاجراء الباطل لا تعتبر اثارا له ، وان الاثر يترتب على الإجراء الصحيح • وهو ما اوضحه المشـــرع

---

[1] د• رمسيس بهنام ، الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ،المرجع السابق، ص ٨٩

الايطالي الذي بين ان الاجراءات اللاحقة للاجراء الباطل يتقرر بطلانها اذا كانت مترتبة عليه وليس لانها تعتبر اثرا له [١]

وتجدر الاشارة الى ان المشرع الايطالي في قانون المرافعات المدنية قد اخذ بمعيار الغاية من العمل الاجرائي ٠ فاذا تحققت الغاية من الإجراء فلا بطلان ولو وجد نص صريح عليه ٠ فالنص على البطلان لا قيمة له في تحديد حالاته ٠ وتظهر اهمية الفرق بين حالة النص على البطلان من عدمه في مسالة الاثبات ، فاذا كان هنالك نص على البطلان فلا يجب على من يتمسك به سوى اثبات المخالفة ، وعلى الخصم اثبات تحقق الغاية من الإجراء ٠ اما في حالة عدم وجود نص على البطلان فان على من يتمسك به ان يثبت فضلا عن وجود المخالفة عدم تحقق الغاية من الإجراء ٠ [٢]

---

[١] د٠ هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ٧٥١ ٠ هذا وسيتم الرجوع الى موضوع اثار الإجراء الجزائي الباطل في الفصل المخصص له ٠

[٢] د٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٣١٣

الباب الثاني

القواعد المنظمة للاجراء الجزائي الباطل

تتكون الدعوى الجزائية من مجموعة من الاجراءات او الاعمال الاجرائية العديدة والمتنوعه التي تربو عن كل تحديد او حصر • وتهدف هذه الاجراءات – ضمن اطار الدعوى الجزائية – الى اظهار الحقيقة الواقعية في الدعوى سواء باعلان براءة المتهم او بادانته •

ونظرا للاثر البالغ الذي تحدثه هذه الاجراءات في المركز القانوني للمتهم ، ولمساسها بحقوقه وحرياته العامة ، فان من الطبيعي ان يتولى المشرع تنظيمها بصورة دقيقة وفعالة تضمن سهولة الانتقال بها في مراحل الدعوى المختلفة ، وصولا الى قرار بات في موضوعها • ولكي تنتج هذه الاجراءات اثارها القانونية المرجوة منها ، فلا بد من تحديدها بالنموذج القانوني الذي رسمه المشرع لها •

فالعمل الاجرائي لا بد له من مقومات موضوعية وعناصر شكلية ، فالاعتراف به على نحو يرتب اثاره القانونية رهن بتوافر هذه المقومات والاشكال ، فان تخلف ركن او شكل اصبح الإجراء قابلا للابطال ، ولزم نتيجة لذلك البحث عن جزاء اجرائي معين يظهر هذا العيب ، ويؤدي الى اهمال الإجراء وعدم ترتيبه لاثاره القانونية التي كان من المفترض ان تنتج عنه فيما لو صدر صحيحا •

ولما كان من الصعب على المشرع ، الاحاطة بكل العيوب التي تلحق بالاجراء ، فانه يكتفي بصياغة قواعد عامة تبين كيفية تقرير البطلان•

وتأسيسا على ما تقدم يمكن تقسيم هذا الباب الى الفصلين التاليين :

الفصل الاول : مقومات الإجراء الجزائي الباطل •

الفصل الثاني :محددات الاجراء الجزائي الباطل •

الفصل الاول

مقومات الإجراء الجزائي الباطل

لكل اجراء جزائي عناصر ومقومات يتوقف وجوده على توافرها • ويمكن رد هذه العناصر او المفترضات التي يجب ان تتوافر في كل اجــراء بوصفه عملا قانونيا الى قسمين : عناصر ومقومات ذات طبيعة موضوعية ؛ كوجوب توفر الارادة في مباشرة العمل الاجرائي ، واهلية من يقوم به ، ووجود محل وسبب له• وعناصر شكلية بالنسبة للاعمال التي يشترط القانون لصحتها ان تصاغ في النموذج او الشكل الذي رسمه المشرع لها •

ولكي ينتج كل اجراء اثاره التي ارادها المشرع له ، فلا بد من ان يشتمل على مقومات موضوعية في اطار العناصر الشكلية التي نص عليها القانون • فقد تتوافر في العمل الاجرائي مفترضاته الموضوعية دون ان يستوفي الشكل الذي تطلبه القانون ، فيصبح عندئذ معيبا قابلا للبطلان • فاذا تقرر بطلانه ، اهدرت اثاره ، وتوقف عن انتاج أي اثر يمكن ان يترتب عليه فيما لو كان صحيحا خاليا من أي عيب ، شريطة ان يكون هذا الشكل من الاشكال الجوهرية التي سيتم توضيحها وبيان المعايير التي تحدد الاشكال الجوهرية عند الحديث عن اسباب بطلان الإجراء الجزائي الشكلية •

وبالمقابل ، فان خلى الإجراء من احد مقوماته الموضوعية غدا امراً معيبا غير قادر على انتاج اثاره ، ولحقه جزاء اجرائي تمثل في البطلان او الانعدام [١] •

وخلاصة الامر ان العناصر التي يشترط توافرها لصحة العمل الاجرائي هي في الوقت نفسه الاساس الذي تبنى عليه دراسة البطلان •أي ان دراسة أسباب البطلان تستلزم معرفة عناصر صحة العمل الاجرائي ، بحيث يتوافر البطلان اذا افتقد العمل لاحد هذه العناصر • ويمكن تعريف اسباب البطلان – بكلمة موجزة – بانها عدم توافر العناصر اللازمة لصحة العمل القانوني [٢].

وبالنتيجة ، فان الإجراء الجزائي يكون مهددا بالبطلان في حالتين الاولى : اذا فقد احد مقوماته او عناصره الموضوعية • والاخرى : اذا تجرد من الشكل الذي يتطلبه النموذج القانوني له • متى كان هذا الشكل جوهريا واساسيا ، ويؤدي دورا هاما في سير الخصومة الجزائية •

---

[١] على خلاف في الفقه والقضاء حول الجزاء الذي يترتب في حالة تخلف احد العناصر الموضوعية للاجراء هل هو البطلان ام الانعدام مع ان الراجح هو الانعدام •

[٢] د • احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٢٢١

وبناء على ما سبق يمكن تقسيم هذا الفصل الى مبحثين : ابين في الاول الاسباب او العناصر الموضوعية للاجراء الجزائي الباطل • وفي الثاني اتحدث عن عناصرالشكل في هذا الإجراء•

المبحث الاول
الاسباب الموضوعية للاجراء الجزائي الباطل

ان دراسة اسباب بطلان الإجــراء الجزائي تستلزم بيان العناصر المطلوبة لصحة هذا الاجراء [١] ، فبيان عناصر ومقومات العمل الاجرائي ضروري لمعرفة عيوبه ، ذلك ان اسباب البطلان هي الصورة المقابلة لعناصر ومقومات الإجراء ، طالما ان تخلف أي عنصر من هذه العناصر يترتب عليه البطلان • وبعبارة اخرى ، فان فقدان العمل الاجرائي لاي عنصر او شرط من شروطه يؤدي بالمقابل الى توافر سبب من اسباب بطلانه •

وفي نطاق المقارنة بين الاسباب الموضوعية والشكلية للعمل الاجرائي يذهب جانب من الفقه الى القول ؛ بان العمل الاجرائي عمل شكلي لا اهمية فيه الا للشكل ، وان اسباب البطلان تقتصر على الاسباب الشكلية ، و لا يترتب البطلان الا نتيجة لعدم مراعاة الاشكال الاجرائية ، اما الجزاء المترتب على تخلف العناصر الموضوعية الاخرى فليس هو البطلان.[٢]

ويضيف اصحاب هذا الراي القول ؛ ان الاسباب التي يترتب عليها عدم انعقاد الخصومة كرابطة اجرائية او اغفال عنصر من عناصر العمل الاجرائي يؤدي الى الانعدام لا الى البطلان • وان عيوب الارادة تؤدي الى عدم الصحة ، بينما يؤدي عدم الاختصاص الى البطلان بمعناه اللغوي وليس بمعناه الفني الدقيق •

---

[١] يرى جانب من الفقه ان العناصر الموضوعية للاجراء تتمثل في التحقق من وجود جريمة محددة بالقانون ، ووجود شخص مسؤول جزائيا ، لديه حرية في الاختيار وان يكون مميزا والتأكد من توافر اسباب الاباحة او موانع العقاب • د• عبد الحميد الشواربي ، البطلان الجنائي ، ص ٢٨ ، د• لوي حدادين ، المرجع السابق ، ص ص٣٧٠ –٣٧٥ • في الواقع ان شرط وجود جريمة وشخص مسؤول جزائيا امرضروري لاتصال القاضي وباقي اطراف الخصومة بالدعوى • اما ان تعتبر هذه الشروط من اسباب العمل الاجرائي الموضوعية فنقول لايتم التسليم به على اطلاقه •

[٢] Waline : Droit administratif , ١٩٥٧, P٣٥١, Pannanin , opicit , P٣٩٦، مشار اليهما لدى د • فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٤١٣ ، د • احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٢٦٣

والواقع ان هذا الراي محل انتقاد . فالعمل الاجرائي هو عمل قانوني كغيره من الاعمال القانونية التي تتطلب وجود عناصر موضوعية لصحتة ، وليس من الصواب اقتصار هذه الاسباب على الاسباب الشكلية . اضافة الى ما سبق ، فان نظرية العمل القانوني باعتبارها تمثل عنصر الجزاء في هذا العمل يجب ان تنبثق من نظرية العمل القانوني ذاتها ، فالبطلان بوصفه جزاء يترتب على عدم مراعاة الاوضاع القانونية في العمل القانوني ، ومن البديهي ان تكون اسباب البطلان هي نفسها شروط صحة العمل القانوني . كما ان التمييز بين عدم الصحة والبطلان بالمعنى الفني واللغوي امر غريب على القانون وليس له سند يبرره [١].

وتتمثل الشروط الموضوعية للعمل القانوني بصورة عامة ، بالاهلية التي يجب ان يتمتع بها متخذ الإجراء ، والارادة نحو اتخاذ هذا العمل ، وان يكون للعمل الاجرائي محل او موضوع ينصب عليه . بالاضافة الى سبب للاجراء يكمن في سنده القانوني الذي يبرر اتخاذه من الناحية الواقعية ويمنحه المشروعية من الناحية القانونية [٢].

والواقع ان هذه العناصر او الاسباب لا تنهض بدورها في العمل الاجرائي الا عن طريق شخص اجرائي تتوافر فيه خصائص معينة يستطيع ان يبرز الى حيز الوجود هذا العمل مما يقتضي دراسة دور الشخص او الاشخاص الاجرائين الرئيسين والثانوين ، او اولئك الذين يكون الاجراء موجها اليهم او متعلقا بهم .

وعلى الرغم من تعدد الاطراف الذين يقومون بدور ما في العمل الاجرائي ، واهمية الدور الذي يقومون به في التأثير في اجراءات الدعوى المختلفة ، فان اغلب الدراسات لا تبرز دورهم بشكل كاف ، على اعتبار انهم لا يعدون من عناصر هذا العمل .

والحقيقة انهم اذا كانوا لا يشكلون عنصرا من عناصر العمل الإجرائي ، الا انهم يعدون – بلا شك – احد مقوماته الرئيسية ، والذين لا يوجد العمل بدونهم . لذلك فانني سافرد مطلبا مستقلا لاشخاص الرابطة الاجرائية ، ابين فية اهمية وجود الشخص الاجرائي بالنسبة لكل عمل اجرائي ، ودون الخوض في تفاصيل الدور الذي يقوم به كل واحد منهم .

بناء على ما سبق يمكن دراسة مقومات العمل الاجرائي ضمن المطالب التالية:

المطلب الاول : اطراف الرابطة الاجرائية

المطلب الثاني : الاهلية

المطلب الثالث : الارادة

---

(١) د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣

(٢) د . احمد فتحي سرور ،الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٥٣٨ ويجب عدم الخلط بين اسباب العمل الاجرائي الموضوعية وبين شروط الدعوى .

المطلب الرابع :المحل

المطلب الخامس : السبب

المطلب الاول
اطراف الرابطة الاجرائية

ان العمل الاجرائي – كاي عمل قانوني – لا بد ان يتولى القيام به شخص او اشخاص يتمتعون بخصائص معينة تؤهلهم مباشرته ، فالاجراء لا ينشأ ولا يستمر في انتاج اثاره القانونية دون فاعل يمنحه القانون سلطة اصداره وفق النموذج القانوني الذي حدده له المشرع ٠

وقد يتعدد الاشخاص الذين يضطلعون بدور معين في مباشرة هذه الاجراءات او توجه احكامها اليهم ٠ فمن هؤلاء من يباشر الإجراء ، كالقاضي والنيابة العامة ، ورجال الضابطة العدلية فيما يقومون به من اعمال تحقيقية ضمن شروط معينة ٠ ومنهم من يباشر الإجراء في مواجهته كما هو حال المتهم في الدعوى ٠ وقد يكون الإجراء متعلقا بفئة معينة من الاشخاص ، كالكاتب والمحامي والشاهد ٠ فالرابطة الاجرائية – بالمعنى السابق– لا تقوم دون وجود هؤلاء الاشخاص مع اختلاف في طبيعة ودور كل منهم ٠ وقد يضيق نطاق هذه الرابطة وياخذ مسمى الخصومة الجنائية ، واطراف هذه الخصومة هم القاضي والنيابة العامة والمتهم[١]

ويعود امر تعدد الاشخاص الذين يباشرون الاجراءات الاجرائية المختلفة ، لتنوع الاعمال الاجرائية التي يقومون بها من جانب ، ولطبيعة المرحلة التي يتم اتخاذ الإجراء في نطاقها من جهة اخرى ٠ففي مرحلة المحاكمة يتولى قضاة الحكم اتخاذ غالبية الاجـراءات، اما في مرحلة التحقيق الابتدائي فيمارس اعضاء النيابة العامة اغلب اجراءات الدعوى

---

[١] يميز الفقهاء بين مصطلحات الخصومة الجنائية والدعوى الجنائية والرابطة الاجرائية : فالخصومة الجنائية محصورة بطرفين هما المتهم والنيابة العامة كممثلة عن الهيئة الاجتماعية وتطالب بانزال العقاب على المتهم امام القاضي ٠ اما الدعوى الجنائية فهي وسيلة او اداة النيابة العامة في عرض الخصومة الجنائية على القضاء ، وبذلك تعد الخصومة الجنائية اوسع من الدعوى حيث تشمل سائر الاعمال الاجرائية التي يمكن ان تتخذ قبل تحريك الدعوى من قبل النيابة العامة ، فالخصومة الجنائية هي الوعاء الذي تباشر من خلاله الانشطة الاجرائية المختلفة من قبل خصوم الدعوى ٠ اما الرابطة الاجرائية فهي تصوير لكل اطراف العمل الاجرائي المتتابع والمستمر ، فنطاق الرابطة الاجرائية على هذا النحو اوسع من نطاق الخصومة لانها تحتوي على اعمال سائر اطراف الدعوى الدائرين في فلك العمل الاجرائي ، سواء كانوا قضاة الحكم او النيابة العامة او اعضاء الضابطة العدلية او المتهم والشهود وسائر الاشخاص الاجرائين على تعددهم ٠ انظر د ٠ سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراء الجنائي ، ص١١١ ،

ابتداء من تحريك الدعوى ومتابعتها والقيام باعمال التحقيق المختلفة وانتهاء باحالة الدعوى الى المحكمة ذات الاختصاص • ويتولى رجال الضابطة العدلية الاجراءات المتبقية في مرحلة التحقيق الاولي او الاستدلال •

والواقع ان هؤلاء الاشخاص ليسوا على درجة واحدة من الاهمية فيما يقومون به من اجراءات ضمن مراحل الدعوى المختلفة • ومن اهم الاشخاص المخاطبين بالقاعدة الاجرائية ، اذ يمثل القاضي الركن الرئيس في النظام القانوني الجنائي الذي يرتكز على قناعته الوجدانية في تقديره لادلة الدعوى ومدى اعتبار المتهم مسؤولا عن الفعل المسند اليه واعلان براءة ، او عدم مسؤولية •وهو الطرف الذي لا غنى عنه في هذه الرابطة ، لانه الشخص الذي يهيمن على اطراف الدعوى ويتوقف عليه فض الخصومة موضوع الرابطة الاجرائية • واذا رفعت اليه الدعوى بالطريق الصحيح التزم بالفصل بها[١]

وبغض النظر عن كافة الامور التنظيمية التي تحكم عمل كل شخص من الاشخاص السابقين ، فان تطلب الصحة في أي عمل اجرائي لكي ينتج اثاره القانونية المرجوة منه ، يتوقف الى حد كبير على توافر صفات وخصائص معينة في الشخص الاجرائي تجعله اهلا للقيام بالاعمال الاجرائية المختلفة • فمن اهم الصفات التي يجب ان تتوافر في القاضي – مثلا – ان يحمل هذه الصفة •فاذا انتفت عنه ، كما لو لم يصدر قرار بتعينه بعد ، او كان قد اوقف عن العمل او تم عزله ، او كان قرار تعينه خاطئا ، سواء كان القاضي فردا او ضمن محكمة مشكلة من عدد من القضاة ، فان أي اجراء او حكم يصدر عنه في هذه الحالات يكون منعدما او باطلا في اقل الفروض •[٢]

من جهة اخرى ، قد تتوافر في القاضي صفته الاصلية كشخص اجرائي مخول بموجب القانون سلطة نظر الدعاوي ، لكنه لا يستطيع بنفس الوقت الحكم بدعوى معينة ، لوجود مانع اجرائي يحول بينه وبين الفصل فيها • وقد تتعلق هذه الموانع الاجرائية بصميم عمل القاضي ، كأن يجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق من جانب ، وبين سلطة الحكم من جانب آخر • وقد تتعلق هذه الموانع بظروف خارجة عن حدود عمله ، كتوافر حالات عـدم الصلاحية او وجود طلب لرد القاضي عند توافر سبب من اسبابه • [٣] ففيما يتعلق بالحالة الاولى ، لا يجوز للقاضي ان يحكم في دعوى سبق له ان قام باي عمل من اعمال الاتهام

---

[١] د•عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥١١ ، د •سليمان عبد المنعم ود• جلال ثروت ، اصول المحاكمات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ٢٩ د• رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩

[٢] هنالك خلاف في الفقه والقضاء حول عدم توافر هذه الصفة في القاضي هل يرتب البطلان ام الانعدام ، مع ان الراجح ان صدور أي اجراء اوحكم عن قاض لا يحمل هذه الصفة يعد منعدما • ينظر فيما سبق المبحث المتعلق بالانعدام

[٣] د• سليمان عبد المنعم ، اصول الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١٢٠

او التحقيق فيها • لان في ذلك مخالفة صريحة لمبدأ الفصل بين سلطات الاتهام والتحقيق من ناحية ، وسلطة الحكم من ناحية اخرى •[١]

فالمادة(٢٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لا تجيز لقاضي الحكم ان يحكم في الدعوى التي تولى وظيفة النيابة العامة فيها •[٢] وينطبق هذا الحكم على مراحل الدعوى المختلفة ، حيث لا يجوز لقاض ان يحكم في دعوى سبق له ان نظرها في أي مرحلة من مراحلها السابقة • لان الفكرة الجامعة لهذه الصور هي سبق قيام القاضي بعمل يجعل له رايا في الدعوى يتعارض مع ما يشترط فيه من ان يكون ذهنه خاليا من موضوع الدعوى ليستطيع ان يزن ادلتها وحجج الخصوم فيها بشكل عادل ومجرد •

ويترتب على مخالفة القاضي للاحكام السابقة بطلان الاجراءات التي يقوم بها شريطة ان يثبت مباشرته لاي عمل من تلك الاعمال • اما مجرد ابداء الرأي فلا يحول بينه وبين نظر الدعوى ، ولا يؤدي ذلك الى بطلان الاجراءات التي يقوم بها ، ولو كان ابداء الرأي بشأن دعوى اخرى ضد نفس المتهم • كما يشترط لقيام حالة الحظر هذه ان يكون القاضي قد باشر احد الاعمال الاجرائية بنفسه ، فاذا لم يضطلع شخصيا بمباشرة تلك الاجراءات فلا تثريب عليه ان هو مارس اعمال القضاء في الدعوى المعروضة عليه [٣].

هذا فيما يتعلق بالاجراءات التي تعد من صميم عمل القاضي ، اما فيما يتعلق بالموانع الاجرائية وهي عدم الصلاحية والرد ، فانه بالرغم من توافر الشروط المختلفة في القاضي لكي يكون اهلا لتولي القضاء ، فقد تتوافر بحقه حالة من حالات عدم الصلاحية تجعله غير

---

(١) تراوحت احكام محكمة التمييز في اعتبار الحكم الصادر عن قاض سبق له ان تولى وظيفة النيابة العامة في دعوى او نظرها في مرحلة سابقة بين البطلان والانعدام • من القرارات التي سبقت الاشارة اليها في المبحث المتعلق بالانعدام ، ٢٠٠٠/٩١٤، ٩٩/٨٥١ • انظر كذلك من احكام محكمة النقض المصرية ١٢ يونيو ١٩٧٢ ، مجموعة احكام النقض ، س ٢٣ ، ص ١٤ ، ١٠ ديسمبر ١٩٧٨ ، س ٢٩ ، ص ٩٠٧ • ومن القضاء الفرنسي Crim ٢٣avril ١٩٩٠ ,B .C .No ١٦٢ ,٥ September١٩٩٠, B .C. No ٣١٠

(٢) تجيز الفقرة الثانية من هذه المادة لقاضي الصلح نظر دعوى قام بالتحقيق فيها شريطة ان لا يكون قد اتخذ قرار ظن فيها • ويعد هذا بالطبع خروجا على القاعدة السابقة على اعتبار ان قاضي الصلح يجمع بين صفتي قاضي الحكم والمدعي العام في المناطق التي لا يوجد فيها مدع عام •

(٣)كان المشرع المصري اكثر وضوحا عندما حظر على القاضي ان يحكم في دعوى سبق له ان باشر فيها عملا اجرائيا، وباي صفة كانت • تنص المادة ٢٤٧ من قانون الاجراءات المصري على ما يلي " يمتنع على القاضي ان يشترك في نظر الدعوى اذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصيا او اذا كان قد قام في الدعوى بعمل مامور الضبط القضائي او بوظيفة النيابة العامة او المدافع عن احد الخصوم او ادى فيها شهادة او باشر عملا من اعمال اهل الخبرة " كما تضيف الفقرة الثانية انه " يمتنع عليه كذلك ان يشترك في الحكم اذا كان قد قام في الدعوى بعمل من اعمال التحقيق او الاحالة او ان يشترك في الحكم في الطعن اذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه "

صالح لنظر دعوى بعينها ، او قد يتوافر بحقه احد اسباب الرد ، حيث يصدر قرار بتنحيته عن نظر الدعوى ، فيصبح عندئذ غير صالح للحكم فيها .

وحالات عدم الصلاحية تستند الى مبدأ الحياد القضائي ، وهي اصل عام من اصول النظام الطبيعي المفهوم بالضرورة . وهنالك حالات عامة تسري على الدعويين المدنية والجزائية وتفترض في القاضي حالة او صفة او نشاطا يفقده حياده . وحالات خاصة بالدعوى الجزائية وهي مستمدة من تجزئة الدعوى الى مراحل ، واختصاص سلطة معينة بكل مرحلة منها . (١)

ورغم تعدد اسباب عدم صلاحية القاضي او اسباب الرد او التنحية ، فان القاسم الذي يجمعها هو ما يرتبط به القاضي من صلات شخصية مع الغير او مع باقي اطراف الرابطة الاجرائية من خصوم او ممثليهم . (٢) ويترتب على مخالفة القواعد المتعلقة باسباب عدم الصلاحية او اسباب الرد بطلان الاجراءات التي يقوم القاضي باتخاذها ، بما في ذلك الحكم الذي يمكن ان يصدر في الدعوى . والبطلان المتعلق بعدم الصلاحية يعتبر من النظام العام اما حالات اسباب الرد فلا بد للخصم صاحب المصلحة ان يتقدم بطلب لرد القاضي حتى يترتب البطلان على مخالفة تلك القواعد .(٣) واذا وقعت مخالفة لاحكام القواعد السابقة من قبل احدى هيئات محكمة التمييز جاز للخصم ان يطلب الغاء الحكم واعادة نظر الدعوى امام هيئة تمييز اخرى لا يكون القاضي المتسبب في البطلان عضوا فيها . (٤)

---

(١) د. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٨٩
د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٧٨٨

(٢) الهدف من وجود حالات عدم الصلاحية او الرد او التنحي هي ابعاد القاضي عن مظنة الحكم لصالح اشخاص تربطه بهم صلة قربى او علاقات معينة . واذا كان قانون اصول المحاكمات الجزائية قد خلى من بيان هذه الحالات فان الاسباب الواردة في قانون اصول المحاكمات المدنية هي الواجبة التطبيق في هذا المقام . فالمادة ١٣٢ من هذا القانون بينت الحالات التي يكون فيها القاضي غير صالح لنظر الدعوى ، واوضحت ان هذه الاسباب تتعلق بالنظام العام بحيث يصبح القاضي في حال توافر احدها غير اهل للحكم في الدعوى المعروضة عليه ولو لم يطلب الخصوم تقرير عدم صلاحيته ذلك او اتفقوا على خلاف ذلك ، ويمكن اثارة عدم صلاحية القاضي في أي مرحلة تكون عليها الدعوى . ونص المشرع على حالات تعتبر اقل تاثيرا على عدالة القاضي ونزاهته من الطائفة الاولى ، وهي الحالات المتعلقة باسباب الرد . المادة ١٣٤ من نفس القانون . وهذه الاسباب يتوقف تقريرها على طلب من الخصم صاحب المصلحة . لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر د . عوض الزعبي ، اصول المحاكمات المدنية ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر ، ط١ ، ٢٠٠٣ ، ص ص ٩٥-١٠٠

(٣) د. عبدالحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ، د.جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٣٢٥ د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ٧٧٨

(٤) كما يجوز للقاضي ان استشعر حرجا لاسباب معينة ان يطلب تنحيته عن نظر تلك الدعوى . المادة ١٣٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية .

وما قيل بشأن قاضي الحكم – كاحد اطراف الدعوى – يمكن ان يطبق على باقي اطراف الرابطة الاجرائية ، مع مراعاة طبيعة عمل كل طرف من هذه الاطراف .

فالنيابة العامة – مثلا – طرف اصيل في هذه الرابطة ، لانها تمثل المجتمع في المطالبة بايقاع العقاب على المهتم منذ تحريك الدعوى وحتى صدور حكم بات في موضوعها . فهي تدخل في التشكيل القانوني للمحكمة ، ولا تعتبر اجراءاتها صحيحة ما لم تكن النيابة العامة ممثلة لديها ، [١] وان عدم تمثيلها يخل بصحة انعقاد المحكمة ويؤدي الى بطلان الاجراءات التي تمت في غيابها ، وقد يصل هذا العيب الى درجة الانعدام . [٢]

ويترتب على قاعدة وجوب تمثيل النيابة امام المحاكم الجزائية – حيث يوجب القانون ذلك– [٣] نتائج عدة ، من اهمها ؛ انه لا يجوز اصدار حكم غيابي بالنسبة للنيابة العامة ، فكل عمل يجري في غيابها يعد باطلا ، كما ان تمثيل النيابة ضروري في كافة اجراءات الدعوى ولو كانت خارج قاعة المحاكمة ، كحالات اجراء المعاينة . ويتم التحقق من حضور النيابة العامة من محاضر الجلسات . ولا يقوم عضو النيابة العامة بالتوقيع على المحضر مع القضاة ، بل يكفي ان يشار في الحكم الى حضوره ، ولا يلزم ذكر اسم عضو النيابة العامة الذي حضر الجلسة طالما حضرها احد زملائه ، لان النيابة كل لا يتجزأ [٤]

والواقع ان صلات النيابة العامة بقضاة الحكم ذات وجوه متعددة : فهي تاخذ اولا صفة تكاملية ، حيث يقع عليها عبء الاتهام واعداد الدعوى ورسم نطاقها الشخصي والعيني ومتابعة حضور الجلسات وتقديم الطلبات والدفوع المختلفة . وهي بنفس الوقت صلة استقلال ، اذ لا يجوز – وكما اوضحت سابقا – ان تجمع النيابة العامة بين وظيفتي الاتهام والحكم او ان تتولى تحقيق الدعوى بعد ان خرجت من يدها ودخلت حوزة المحكمة وتستطيع النيابة العامة ان تبدي من الطلبات والاراء ما تشاء ، بوصفها ممثلة للمجتمع في

---

[١] Merele et Vitu . op.cit , P ١٩٩ , Garraud , op.cit .P ١٧٥

[٢] تقضي المادة ٢/١٦٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية بوجوب انعقاد جلسات محكمة البداية بحضور ممثل النيابة العامة والكاتب . وهي تقابل المادة ٢٦٩ من قانون الاجراءات الجنائية المصري التي توجب على احد اعضاء النيابة العامة حضور جلسات المحاكم الجنائية . وعلى المحكمة ان تستمع لاقواله وتفصل في طلباته .

[٣] هذا بالطبع في الجرائم التي يوجب القانون فيها حضور النيابة العامة ، كالجنايات والجنح البدائية . اما الجرائم المنظورة امام قاضي الصلح فلا يشترط فيها تمثيل النيابة العامة ، بل ان قاضي الصلح يجمع بين صفتي الادعاء والحكم في الدعوى الواحدة . ويقابل قاضي الصلح القاضي المنفرد في النظام القضائي العسكري . حيث تبين المادة (٣) من قانون تشكيل المحاكم العسكري رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٣ انواع المحاكم العسكرية على النحو التالي : المحاكم العسكرية الدائمة والمحاكم العسكرية المؤقتة ومحكمة الاستئناف ومحكمة القاضي المنفرد . ويمارس الاخير صلاحية النظر في المخالفات والجنح التي عقوبتها الغرامة او الحبس لمدة لا تزيد على سنتين . كما يمارس وظائف النيابة العامة في الجرائم التي تقع ضمن تشكيله والتي تخرج عن اختصاصه كقاض منفرد . انظر د. محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص ٥١

[٤] د محمد عيد الغريب ، المركز القانوني للنيابة العامة ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ ، ص ٥٦٩

المطالبة بانزال العقاب بالمتهم او ان تطالب باعلان براءته ان رات لذلك موجبا ،[١] دون ان يكون للمحكمة أي حق في الحد من طلبات النيابة العامة او حتى توجيه أي انتقاد لمسلكها . [٢]

وفي ضوء ما يتمتع به اعضاء النيابة العامة من استقلالية ومن صفات تماثل نظراءهم قضاة الحكم ، سيما وانهم قضاة بكل ما تعنيه هذه الكلمة ، فهل ينطبق عليهم ما ينطبق على قضاة الحكم من عدم صلاحية ورد اذا توافرت شروطه ؟

لم تجز المادة ٢/٢٤٨ من قانون الاجراءات الجنائية المصري رد اعضاء النيابة العامة وكذلك الامر فيما يتعلق بالقانون الفرنسي [٣] اذ من المقرر في هذا القانون عدم خضوع عضو النيابة العامة لاحكام الرد المطبقة بشأن قضاة الحكم طالما كانت النيابة العامة طرفا اصليا في الدعوى ، وهي تعتبر كذلك في الدعوى الجنائية .[٤] حيث تبقى طرفا اصليا ولو وجد مدع بالحق المدني . وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٦٦٩ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي . اما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد اجاز رد عضو النيابة العامة اذا كان طرفا منضما (المادة ١٦٣ من قانون المرافعات) ولم يجز رده اذا قام برفع الدعوى المدنية . [٥]

لقد تعرض الموقف السابق ، الذي لا يجيز رد اعضاء النيابة العامة اسوة بقضاة الحكم ، للانتقاد الشديد من اغلب الفقهاء . فالقول ان النيابة العامة لا تخضع لاحكام الرد لانها تعتبرخصما في الدعوى العامة ،[٦] ولا يتصور ان يرد الخصم ، وان الرأي الذي تبديه

---

[١] د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٦٧

[٢] قررت محكمة النقض المصرية في احد احكامها شطب عبارة " ان النيابة اسرفت في الاتهام وفي حشد التهم للمتهمين جزافا " وردت في حكم لاحدى المحاكم تاكيدا منها على استقلال النيابة العامة في اعمالها . نقض ١٦ مايو ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٢ ، ق٣٤١، ص ٥٤٧ د. ادوار غالي الذهبي ، دراسات في قانون الاجراءات الجنائية ، دور النيابة العامة في تنظيم العدالة القضائية ، المرجع السابق ، ص ١٥

[٣] د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٧٠

[٤] تجدر الاشارة ان المشرع الجزائي اللبناني لم ينص على حالات عدم صلاحية القضاة او ردهم مكتفيا بالاحالة في هذا المجال الى قانون اصول المحاكمات المدنية . وقد اجازت المادة ١٢٨ من القانون الاخير تطبيق احكام التنحي والرد على عضو النيابة العامة اذا كان يشكل خصما اصليا د. علي جعفر ، مبادئ المحاكمات الجزائية ، مؤسسة المجد ، ١٩٩٤ ، ص ٣٩

[٥] لقد تم انتقاد هذا الموقف من جانب الفقه لان المشرع المصري يميز بين امرين لا يجوز عقلا او منطقا التمييز بينهما ، اذ لافرق بين دور النيابة العامة في الحالة التي تقوم فيها برفع الدعوى المدنية او عندما تنظم الى الدعوى المدنية كطرف متدخل ، فدورها واحد في= جميع الحالات وهو رعاية المصلحة العامة ، الامر الذي يتطلب جواز ردها في الحالات السابقة . د. ادوار الذهبي ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ، د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٨٨

[٦] يستند اصحاب الراي في عدم جواز رد اعضاء النيابة العامة الى اعتبارهم خصوما في الدعوى والخصم لا يرد ، د. فوزية عبدالستار ، المرجع السابق ،ص ٧٠ Stefani et Levasseur , op . cit , p ١٠٣

النيابة العامة لا يلزم المحكمة ، قول ، لا يجوز التعويل عليه كثيرا ، فالمتهم لا يرد النيابة العامة ككل ، وانما يرد عضو النيابة الذي ورد بحقه احد اسباب عدم الصلاحية او الرد ، ويمكن في ضوء ذلك استبداله بعضو آخر • ومن ناحية اخرى ، اذا كان صحيحا ان راي عضو النيابة العامة لا يلزم المحكمة ، فانه قد يؤثر في موقفها ، [١] سيما وان قسما من عمله قضائي بحت ويستلزم ذلك اجازة رده •[٢]

اما بالنسبة لموقف المشرع الاردني من هذه المسألة فقد اوضحت سابقا ، خلو قانون اصول المحاكمات الجزائية من احكام عدم الصلاحية او الرد او التنحي ، ومن المتفق عليه ان الاحكام الواردة في قانون اصول المحاكمات المدنية تطبق في المجال الجزائي ولكن المسألة تدق فيما يتعلق باعضاء النيابة العامة ، حيث لا توجد نصوص تحظر تطبيق تلك القواعد عليهم ، كما هو الحال في التشريعات المقارنة ، كالتشريعين المصـــري والفرنسي وازاء ذلك فانني ارى ان تطبق احكام عدم الصلاحية والرد على اعضاء النيابة العامة للاعتبارات التي بينها الفقهاء سابقا • فضلا عن ان عضو النيابة العامة في التشريع الاردني هو قاض بكل معنى الكلمة ، وبالتالي تغدو المساواة بينه وبين قاضي الحكم ضرورية من هذا الجانب ايضا • [٣]

اما بالنسبة الى موقف القضاء الاردني من مسالة عدم صلاحية القضاة او ردهم، فانني لم اعثر على أي قرار لمحكمة التمييز يتعلق بعدم صلاحية القاضي الجزائي ، وحتى القرارات الصادرة عن هذه المحكمة في شقها الحقوقي فهي قليلة •حيث ترى – مثلا – في قرار قديم ان التشريع الاردني قد خلا من النص على حالات عدم صلاحية القضاة وان ما ورد في التشريع المصري في هذا الشأن لا ينطبق على الوضع في التشريع الاردني • [٤] كما ترى ان المقصود بابداء الراي كاحد اسباب رد القاضي هو ابداء الراي في دعوى ثانية سبق له ان نظرها في مرحلة من مراحلها •[٥] وهي ترى كذلك ان الخبراء لا تنطبق

---

[١] د• محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٧٢ ،

[٢] د• محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٩٢

[٣] لا شك ان بيان موقف النيابة العامة وتوضيح الدور الذي تقوم به يحتاج الى تفصيل اكثر لكني اكتفيت في هذا المقام ببيان دورها كطرف في الرابطة الاجرائية ضمن الاسباب الموضوعية للعمل الاجرائي • على ان يكون التفصيل في مواقع تطبيقية لاحقة •

[٤] تمييز حقوق ٤٠٨ / ١٩٨٣ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٨٥ ، ص ٤٧٨ وقد كان هذا القرار قبل ان ينص المشرع على حالات عدم الصلاحية والرد في قانون اصول المحاكمات المدنية •

[٥] تمييز حقوق ٧٤٤ /١٩٧٨ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٠ ، ص ٩٣١

عليهم احكام عدم الصلاحية او الرد لان هذه الاحكام وردت بشان القضاة وبالمقابل ترى ان المحكمين ينطبق عليهم ما ينطبق على القضاة .[١]

وفي قرار آخر قالت : ان سبق نظر القاضي للدعوى عندما كان مدعيا عاما واصداره قرار ظن فيها تجعله غير صالح لنظر الدعوى كقاضي حكم .[٢]

ومن اطراف الرابطة الاجرائية – كذلك- موظفي الضابطة العدلية[٣] الذين يباشرون عددا من الاجراءات التي خولهم القانون اتخاذها ،اما عن طريق الاختصاص الاصيل او الممنوح لهم بصفة استثنائية ، او عن طريق انابتهم من قبل النيابة العامة لعمل او اكثر من اعمال التحقيق .[٤]

وفي جميع الاحوال ينبغي – ولكي يكون الاجراء صحيحا منتجا لاثاره القانونية – ان تتوافر فيمن يقوم بهذه الطائفة من الاعمال الاجرائية ان يكون ذا صفة صحيحة من ناحية ، ومختصا بمباشرة هذا العمل من ناحية اخرى . بالاضافة الى توافر الشروط الشكلية الاخرى .

واذا لم يكن الشخص يحمل صفة الضابطة العدلية ، اولم يكن مختصا بممارسة الاعمال التي باشرها ، كانت الاعمال الاجرائية الصادرة عنه باطلة ، وقد تصل في بعض الاحيان الى درجة الانعدام .

اما فيما يتعلق بجواز اعلان عدم صلاحية عضو الضابطة العدلية او رده ، فقد سبق القول ان المشرع المصري –مثلا – لم يجز في المادة ٢/٢٤٨ رد اعضاء النيابة العامة او ماموري الضبط القضائي . وقد اختلف الفقهاء حول جواز رد اعضاء الضابطة العدلية . يرى بعضهم انه من غير المعقول اباحة رد القضاة ، او اعضاء النيابة العامة في بعض

---

[١] تمييز حقوق ٢٧٥١ / ١٩٩٨ ، المجلة القضائية ، لسنة ١٩٩٩ ص ٤٦ /٦ ، تمييز حقوق ٣٦ / ٢٠٠٢ غير منشور . تجيز المادة ٨٩ من قانون الاجراءات المصري رد الخبير اذا وجدت اسباب قوية . كما تجيز المادة ١٤٦ من قانون البينات السوري رد الخبراء لنفس الاسباب التي تبرر رد القضاة . ولا يوجد في قانون اصول المحاكمات الجزائية نص على رد الخبراء . فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨

[٢] تمييز حقوق ٢٥٤٢ / ١٩٩٨ ، المجلة القضائية ، لسنة ١٩٩٩ ، ص ٦٤ /٦

[٣] يقوم بوظائف الضابطة العدلية المدعي العام وقضاة الصلح في المراكز التي لا يوجد فيها مدع عام ويساعده في هذه الوظيفة مجموعة من الاشخاص ، كالحكام الادارين وضباط وافراد الشرطة، انظر المواد ٨-١٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٤] مع الاشارة الى ان المدعي العام يرأس الضابطة العدلية في منطقته عملا بالمادة ١٥ من قانون اصول المحاكمات الجزائية . وقد تم انتقاد هذا الموقف حيث يرى البعض ان الاسلم تعديل هذه المادة على نحو يجعل رئاسة الضابطة العدلية للنائب العام لما يتمتع به من خبرة طويلة ، مقارنة مع المدعي العام الذي يعين عادة من الاشخاص حديثي الخبرة بالعمل القضائي .والواقع ان رجال الضابطة العدلية في التشريع الاردني يمارسون اختصاصات متعددة تشمل الجمع بين وظائف الاستدلال والتحقيق والاتهام (المادة ٧) وفي هذاالتنظيم اخلال جسيم بمبدأ الفصل بين السلطات ، فضلا عن ان التنظيم الاسلم للضابطة العدلية يتطلب استبعاد قاضي الصلح من هذه الطائفة . د. نظام المجالي ، تقرير الاردن ، الاجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الانسان ، المرجع السابق ، ص ٩٠

الاحوال، وعدم اباحته بالنسبة لاعضاء الضابطة العدلية ،ومنهم من رفض رد اعضاء الضابطة العدلية اسوة بالنيابة العامة[١]

وعلى اية حال فقد خلى التشريع الاردني من حكم لهذه المسألة ، كما هو موقفه من رد اعضاء النيابة العامة ، والواقع انه لا يوجد ما يمنع من تدخل المشرع والنص على جواز رد اعضاء النيابة العامة وموظفي الضابطة العدلية اسوة ببعض التشريعات المقارنة التي اجازت رد اعضاء هذه الطائفة من الموظفين .[٢]

هؤلاء هم الاشخاص الذين يقومون بدور ما في الرابطة الاجرائية ، حيث تتفاوت اهمية الدور الذي يقوم به كل واحد منهم تبعا لطبيعة هذا الدور في مراحل الدعوى المختلفة

وبالاضافة الى هؤلاء ، فهنالك عدد من الاشخاص الذين يباشر الإجراء الجزائي في مواجهتم ، كالمسؤول بالمال والمدعي بالحق الشخصي والمتهم ، وان كان الاخير من اهم اشخاص هذه الرابطة التي يتوقف انعقادها على وجوده ،

والمتهم [٣] هو الطرف الذي تطالب النيابة العامة بانزال العقاب به ، والذي يجب ان يكون معينا ومعروفا ،[٤] تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة المبني على مبدأ شخصية الاجراءات والذي يفترض بدوره مبدأ شخصية الدعوى العامة .[٥]

واذا انتهى التحقيق الابتدائي دون التوصل الى معرفة الفاعل امتنع احالة الدعوى الى المحكمة ،ذلك ان احالة الدعوى والبدأ باجراءات المحاكمة واستمرارها رهن بتعين المتهم ، والا كانت اجراءات الاحالة والمحاكمة باطلة ،

والحقيقة ان تعيين المتهم في مرحلة المحاكمة لا يعني ان يكون معلوما بالاسم الكامل ، وتحديد مكان اقامته وعنوانه بشكل دقيق ، او الاحاطة بكل التفاصيل المتعلقة بشخصيته وحالته الاجتماعية ، بل يكفي ان يكون معلوما على نحو لا يثير لبسا او خلطا بينه وبين غيره من الاشخاص ، فاذا اتخذت الاجـــراءات ضد شخص آخر ، ولو كان

---

(١) د، محمد ابراهيم زيد ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص٦٩

(٢) كالتشريع الفرنسي الذي اجاز رد أعضاء النيابة العامة والضابطة العدلية ، د، محمد ابراهيم زيد ، المرجع السابق ، ص ٦٩

(٣) كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام فهو مشتكى عليه ويسمى ظنينا اذا ظن فيه بجنحة ومتهما اذا اتهم بجناية ، وتنتهي هذه الصفة بصدور قرار او حكم بات في الدعوى ، واذا تحول المتهم الى محكوم عليه اصبح طرفا في مرحلة تمتد اليها الرابطة الاجرائية وهي مرحلة التنفيذ ، د، رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧٦

(٤) هنال فرق بين مرحلتي التحقيق والمحاكمة ، فاذا كان من الجائز ان يجري التحقيق الابتدائي ضد شخص مجهول توصلا الى معرفته فمن غير الجائز رفع الدعوى العامة ضد مجهول ،فمرحلة التحقيق لها طابع عيني بخلاف مرحلة المحاكمة التي لها طابع شخصي

(٥) Garraud , Op. cit , No ١٠١

سميا للمتهم اعتبرت هذه الاجراءات منعدمة . [١] كما يشترط استمرار هذه الصفة – المتهم المعين – في المتهم ، طيلة اجراءات المحاكمة ، فاذا توفي وجب اسقاط الدعوى وانقضاؤها ولا يجوز الاستمرار في المحاكمة في مواجهة الاطراف الاخرين كالمدعي بالحق الشخصي او المسؤول بالمال او في مواجهة ورثة المتهم لان ذلك يتنافى مع مبدأ شخصية العقوبة والاجراءات .[٢]

لقد كفل القانون للمتهم مجموعة من الحقوق والضمانات خلال مراحل الدعوى المختلفة منها ما يتعلق بضمانات موضوعية ، كالحق في الطعن بالحكم ، والحق في حرمة جسمه من عدم الجوء الى استخدام وسائل الاكراه او التعذيب في مواجهته . ومنها ما يتعلق بضمانات وحقوق اجرائية ، يترتب البطلان على مخالفتها او الانتقاص منها .

والواقع ان هذه الضمانات كثيرة ومتعددة ، ومن اهمها : حق المتهم في ان تتم الاجراءات في مواجهته اوحقه بان يعلن بما يتخذ في مواجهته من اجراءات ، وحقه بالاستعانة بمحام ، وحقه في السكوت . [٣]

بقي ان نشير في ختام الحديث عن اطراف الرابطة الاجرائية الى وجود عدد منهم يساهم بدور ما في هذه الرابطة ، مع تباين للدور الذي يؤديه كل واحد منهم . وقد تتوقف صحة العمل الاجرائي في العديد من الحالات على هؤلاء الاشخاص الدائرين في فلك العمل الاجرائي ، سواء ما يجب ان يتوافر فيهم من صفات او من حيث الشروط التي ترد في القانون على مباشرتهم لهذه الاعمال . ومن هؤلاء الاشخاص المحامي الكاتب والشاهد والمترجم والخبير ، وان كان المحامي اهم هؤلاء الاشخاص ، فقد يؤدي عدم وجود صفات معينة في المحامي يتطلبها القانون – كقانون اصول المحاكمات الجزائية او قانون نقابة المحامين – الى بطلان الاجراءات التي تمت في ظل مدافعته عن المتهم . [٤] فحضور محام متدرب لا يسمح له القانون بالترافع خلال تلك الفترة بالمدافعة عن المهتم يعرض اجراءات المحاكمة للبطلان، او تقديم تمييز من المتهم مباشرة دون تقديمه من محام مسموح

---

[١] د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧٧

[٢] لاتحول وفاة المتهم دون الحكم على المسؤول بالمال بمصاريف الدعوى . ويحق للنيابة العامة ان تدخل المسؤول بالمال للحكم عيه بمصاريف الدعوى ولو لم يكن في الدعوى مدع بحقوق مدنية . المادة ٢٥٣/ ٢ من قانون الاجراءات المصري ، وليس لهذا الحكم من مقابل في القوانين الاردني واللبناني والفرنسي د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ ، د. سليمان عبد المنعم ، اصول الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١٢٧

[٣] د. هلالي عبد اللاه ، المركز القانوني للمتهم ، المرجع السابق ، ص ٦٣ سيتم التطرق الى هذه الضمانات في مواقع تطبيقية لاحقة من هذه الدراسة

[٤] هذا بالطبع في حال وجود محام يدافع عن المتهم او عندما يتطلب القانون وجود محام للدفاع عن المتهم

له بالترافع امام محكمة التمييز ، يؤدي الى عدم قبول التمييز ، واذا قبل سهوا كانت اجراءات المحاكمة باطلة .

وهكذا نجد ان الرابطة الاجرائية الجزائية تشمل اطرافا اصلين ، وآخرين ليس لهم شأن بالموضوع الاصلي للرابطة وهو حق الدولة في معاقبة المتهم ، وحق الاخير في اعلان براءته او عدم مسؤوليته . وقد تستقبل هذه الرابطة روابط اخرى ليست من روابط القانون الجزائي ، كروبط الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية . [١]

المطلب الثاني
أهلية متخذ الاجراء الجزائي

مما لا شك فيه ان بيان اهلية متخذ الإجراء ومدى توافر الارادة الازمة لمباشرة العمل الاجرائي ، يدخل ضمن المطلب المخصص لاطراف الرابطة الاجرائية ، والذين تم بيان اهمية دورهم في انشاء العمل الاجرائي باعتبارهم الحلقة الفاعلة في هذه الرابطة . وبالرغم من ذلك ، فقد آثرت ان ابرز دور الاهلية والارادة في مطلبين مستقلين ، وكعنصرين اساسيين من عناصر العمل الاجرائي ، والذي لا يقوم دون توافرهما لدى متخذ الإجراء .

اذا ، من العناصر الموضوعية للعمل الاجرائي ، ان يتمتع متخذ الإجراء باهلية تمنحه القدرة على مباشرته . فالاهلية الاجرائية تعني ؛ صلاحية الشخص في مباشرة الاعمال الاجرائية المختلفة . [٢] وهي بذلك تختلف عن الاهلية المقصودة في القانون المدني ، نظرا لاختلاف طبيعة الاعمال الاجرائية عن التصرفات القانونية . فالهدف من الاهلية في القانون المدني هو حماية ناقص الاهلية ، بينما تهدف الاهلية الاجرائية – غالبا– الى تحقيق المصلحة العامة ، وقد يقصد بها احيانا حماية بعض المصالح الخاصة . [٣]

ولكي يكون الشخص اهلا لان يصبح طرفا في خصومة قضائية يجب ان تتوافر لديه –بداية– اهلية الوجوب التي تعني صلاحية الانسان لان يكون اهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون [٤]. ولا تكفي مثل هذه الاهلية لمباشرة الاعمال الاجرائية ،

---

[١] د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧٢

[٢] د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٨

[٣] د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ٢٨٢ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، المرجع السابق ، ص ٢٦٨

[٤] د. انور سلطان ، المرجع السابق ص ٤٠

بل لا بد ان تتوافر لدى الشخص اهلية اداء يستطيع بمقتضاها اعمال ارادته اعمالا من شأنه ترتيب الاثر القانوني الذي يريده .[١]

وتقسم الاهلية الى نوعين : اهلية عامة (موضوعية) واهلية خاصة (شخصية) .

فالاهلية العامة او الموضوعية في الاعمال الاجرائية تعني ؛ ضرورة ان يكون من يباشر العمل الإجرائي موظفا عاما من الفئة التي اجاز لها المشرع مباشرة هذا النوع من الاجراءات[٢] والتي تشترط ان يكون مباشر الإجراء احد موظفي الدولة .

اما الاهلية الخاصة فتنقسم بدورها الى اهلية موضوعية واخرى شخصية . حيث ترتبط الاهلية الموضوعية بالقواعد التي تحدد اختصاصات كل شخص من اشخاص الرابطة الاجرائة ، سواء كان الاختصاص نوعيا ام مكانيا ام شخصيا .

فالشخص الاجرائي يجب ان يكون مختصا نوعيا في ممارسة الاعمال الداخلة في اختصاصه وان يراعي قواعد الاختصاص الشخصي والمكاني كذلك . وان أي خروج على هذه القواعد يسم عمله بالبطلان .

وفيما يتعلق بالاهلية الشخصية ؛ فقد يتطلب القانون مراعاة شروط معينة في شخص متخذ الإجراء .سواء أكان شخصا منفردا ام عضوا ضمن هيئة مختصة بمباشرة الاعمال الاجرائيةالمختلفة . فالمحضر او الكاتب -مثلا- وغيرهم من موظفي المحكمة يمنع عليهم - تحت طائلة البطلان - ان يباشروا اعمالا تدخل ضمن حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم او بازواجهم او باقاربهم او اصهارهم حتى الدرجة الرابعة[٣].

واذا كان القاضي عضوا في محكمة ، فيجب ان تتشكل من العدد المطلوب قانونا . ولا يكون تشكيل المحكمة صحيحا الا اذا كانت مكونة من العدد اللازم من القضاة وممثل عن النيابة العامة وكاتب الجلسة . كما يجب ان يكون للمحكمة ولاية الفصل في الدعوى وان لا يكون لدى القضاة أي سبب يمنعهم قانونا من نظرها[٤]

كما يشترط في الاشخاص الاخرين بعض الشروط التي يجب أن تتوافر بهم من اجل صحة الاجراءات التي يقومون بها . فالشاهد الذي لم يبلغ السن القانونية المطلوبة لا تجوز سماع شهادته ، ولاتقبل الشكوى ممن لم يبلغ السن المطلوبة قانونا ، او ممن لا تتوافر فيه

---

[١] د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص٤١

[٢] فاذا كان القاضي او احد اعضاء النيابة العامة فلابد من صدور قرار بتعيينه وان لا يحول مانع دون مباشرته لمهام وظيفته . ومن البديهي ان شرط الاختصاص يستغرق " الاهلية العامة " . د . سامي الحسيني ، نظرية التفتيش ، المرجع السابق ، ص٤٠٤ .

[٣] انظر المادة ٢٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية .

[٤] لقد سبق الحديث عن حالات عدم الصلاحية والرد في المطلب السابق المتعلقة باطراف الرابطة الاجرائية .

صفه خاصة كالزوج او الزوجة في جرائم الزنا او القريب حتى الدرجة الرابعة في جرائم السفاح [١] .

وهناك اهلية لازمة في الاعمال الاجرائية الخاصة على نحو تجعل من الفرد العادي اهلا لمباشرة العمل الاجرائي او اعتباره خصما في الدعوى الجزائية • فمثلا يشترط في المتهم لكي يكون اهلا لرفع الدعوى عليه ، ان يكون موجودا ومعروفا ، فلا ترفع الدعوى الجزائية على ميت اوشخص مجهول •كما يشترط فيه ان يكون فاعلا اوشريكا باحدى صور الاشتراك الجرمي • ويشترط في المدعي بالحق الشخصي ان يناله ضرر من الجريمة ، وان يتخذ الاجراءات المطلوبة للادعاء بالحق المدني ، وفي الجنايات التي اوجب القانون ان يتولى الدفاع فيها عن المتهم محام سواء تم تعينه من قبل المحكمة او عن طريق المتهم ، فلا يملك الاخير اهلية للدفاع عن نفسه في مثل هذه الجرائم[٢].

ولكن ، هل يعني انه اذا كان المتهم مسؤولا جنائيا ان تتوافر لديه بالضرورة الاهليه الاجرائية ؟ وهل تتميز الاهلية الجزائية المطلوبة في المتهم عن الاهلية الاجرائية ؟ وهل يغني توافر احداهما عن الاخرى ؟

يرى جانب من الفقه ان الاهلية المطلوبة هي اهلية الشخص لتحمل المسؤولية الجنائية، وهي التي تتحقق ببلوغ الشخص سن التمييز • فيكون المتهم اهلا لرفع الدعوى الجنائية ضده وبالتالي تحمل تبعة الجرائم التي يرتكبها ، اذا بلغ هذه السن دون وجود عوارض الاهلية الاخرى ، وهذه الاهلية هي نفسها الاهلية اللازمة لقيام الاهلية الاجرائية[٣]

في حين يرى جانب اخر من الفقه ، ان هنالك فارقا بين الاهلية الاجرائية والمسؤولية الجنائية • واذا كان الاصل العام ان من تتوافر لديه المسؤولية الجنائية تتوافر لديه الاهلية الاجرائية ، الا ان ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية الجنائية للشخص دون ان تكون لديه اهلية اجرائية • ومثال ذلك الحدث الذي لا تتوافر لديه الاهليه الأجرائية ، ومع ذلك يمكن ان تنزل به بعض التدابير المنصوص عليها في قانون الاحداث [٤].

والواقع ان الاهلية الإجرائية تختلف عن المسؤولية الجنائية ، فقد تنتفي الاخيرة ومع ذلك تبقى لدى المتهم اهليته الإجرائية التي لا تحول دون رفع الدعوى ضده وتكون الاجراءات المتخذة في هذه الحالة صحيحة • فمن الجائز رفع الدعوى العامة ضد الحدث

---

[١] انظر المادتين ٢٨٥و٢٨٦ من قانون العقوبات .

[٢] المادة ٢٠٨/ من قانون الاصول الجزائية .

[٣] د • جلال ثروت ، ص١٨١ ، د• عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٤

[٤] ، د• عادل يحي قرني ، النظرية العامة للاهلية الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص ١٩٢ د• محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩٨

بل لا بد ان تتوافر لدى الشخص اهلية اداء يستطيع بمقتضاها اعمال ارادته اعمالا من شأنه ترتيب الاثر القانوني الذي يريده ٠ [١]

وتقسم الاهلية الى نوعين : اهلية عامة (موضوعية) واهلية خاصة (شخصية) ٠

فالاهلية العامة او الموضوعية في الاعمال الاجرائية تعني ؛ ضرورة ان يكون من يباشر العمل الإجرائي موظفا عاما من الفئة التي اجاز لها المشرع مباشرة هذا النوع من الاجراءات[٢] والتي تشترط ان يكون مباشر الإجراء احد موظفي الدولة ٠

اما الاهلية الخاصة فتنقسم بدورها الى اهلية موضوعية واخرى شخصية ٠ حيث ترتبط الاهلية الموضوعية بالقواعد التي تحدد اختصاصات كل شخص من اشخاص الرابطة الاجرائة ، سواء كان الاختصاص نوعيا ام مكانيا ام شخصيا ٠

فالشخص الاجرائي يجب ان يكون مختصا نوعيا في ممارسة الاعمال الداخلة في اختصاصه وان يراعي قواعد الاختصاص الشخصي والمكاني كذلك ٠ وان أي خروج على هذه القواعد يسم عمله بالبطلان ٠

وفيما يتعلق بالاهلية الشخصية ؛ فقد يتطلب القانون مراعاة شروط معينة في شخص متخذ الإجراء ٠سواء أكان شخصا منفردا ام عضوا ضمن هيئة مختصة بمباشرة الاعمال الاجرائيةالمختلفة ٠ فالمحضر او الكاتب -مثلا- وغيرهم من موظفي المحكمة يمنع عليهم - تحت طائلة البطلان - ان يباشروا اعمالا تدخل ضمن حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم او بازواجهم او باقاربهم او اصهارهم حتى الدرجة الرابعة[٣]٠

واذا كان القاضي عضوا في محكمة ، فيجب ان تتشكل من العدد المطلوب قانونا ٠ ولا يكون تشكيل المحكمة صحيحا الا اذا كانت مكونة من العدد اللازم من القضاة وممثل عن النيابة العامة وكاتب الجلسة ٠ كما يجب ان يكون للمحكمة ولاية الفصل في الدعوى وان لا يكون لدى القضاة أي سبب يمنعهم قانونا من نظرها[٤]

كما يشترط في الاشخاص الاخرين بعض الشروط التي يجب تتوافر بهم من اجل صحة الاجراءات التي يقومون بها ٠ فالشاهد الذي لم يبلغ السن القانونية المطلوبة لا تجوز سماع شهادته ، ولاتقبل الشكوى ممن لم يبلغ السن المطلوبة قانونا ، او ممن لا تتوافر فيه

---

[١] د٠ انور سلطان ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص٤١

[٢] فاذا كان القاضي او احد اعضاء النيابة العامة فلابد من صدور قرار بتعيينه وان لا يحول مانع دون مباشرته لمهام وظيفته ٠ ومن البديهي ان شرط الاختصاص يستغرق " الاهلية العامة " ٠ د ٠ سامي الحسيني ، نظرية التفتيش ، المرجع السابق ، ص٤٠٤ ٠

[٣] انظر المادة ٢٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية ٠

[٤] لقد سبق الحديث عن حالات عدم الصلاحية والرد في المطلب السابق المتعلقة باطراف الرابطة الاجرائية ٠

الذي قد يحكم عليه باحدى التدابير التي نص عليها القانون • ويجوز كذلك ، رفع الدعوى على شخص كان مصابا بجنون وقتي لحظة ارتكاب الجريمة ، ولكن انتقاء الاهلية الاجرائية يمنع من رفع الدعوى تجاه المتهم او ممثله•

فالاهلية المطلوبة في المتهم ، هي الاهلية الاجرائية التي بانتقائها يتعذر اقامة الدعوى العامة ضده ، اما انتقاء المسؤولية الجزائية فلا يحول دون رفع الدعوى والسير باجراءاتها حسب الاصول • ويجب ان تكون الملكات الذهنية والنفسية متوفره لدى المتهم وقت رفع الدعوى وان تستمر هذه القدرات خلال مراحل الدعوى المختلفة • [١]

المطلب الثالث

الارادة في اتخاذ الإجراء الجزائي

لكي يصدر الإجراء صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، فلا يكفي ان تتوافر فيمن يباشره الاهلية الازمة لاتخاذه ، بل لا بد ان تتوجه ارادته الى مباشرة الواقعة الاجرائية • فالعمل الاجرائي ، عمل ارادي ، تلعب الارادة فيه دورا هاما ، وان كان نطاقها ينحصر في تحقيق الواقعة الاجرائية ، دون التدخل في الاثار القانونية المترتبة على الإجراء • [٢]

فضرورة توافر الارادة في العمل الجزائي تعني ؛ ان تتجه الارادة نحو تحقيق الواقعة المجردة لا نحو الاثار • فاذا انعدمت ارادة متخذ الإجراء لعاهه او مرض في العقل او لعدم التمييز كان العمل منعدما • دون الاعتداد بتوافرها او تخلفها نحو تحقيق الاثار ، حيث يبقى العمل الاجرائي صحيحا و فاعلا في السير باجراءات الدعوى نحو تحقيق غاياتها حسب الاصول[٣].

وبالرجوع الى القوانين الاجرائية المدنية والجزائية على حد سواء ، نجد ان المشرع لم يقم بتنظيم موضوع الارادة في العمل الاجرائي ، ولم يبين اثر انعدامها او تعرضها لعيوب الارادة المختلفة ، وذلك بخلاف عيوب الارادة في التصرف القانوني في القانون المدني •

وفي ضوء خلو القوانين الاجرائية من تنظيم لهذه المسألة ؛ هل يمكن الاخذ بما ورد في قواعد القانون المدني باعتبارها القواعد العامة ؟

---

(١) د• عادل يحي قرني، المرجع السابق ، ص ٣

(٢) د• سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراء الجزائي ، المرجع السابق ، ص ١١٦

(٣) د • عبد الحكم فوده ، البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٤٦ •

يرى جانب من الفقه بامكانية ذلك ، على اعتبار ان الارادة ركن في العمل الاجرائي كما هي بالنسبة للتصرفات القانونية . ولا يوجد ما يمنع من القياس في هذه الحالة طالما ان الفكر الحديث في القانون يتجه نحو وحدة القانون لا تفرعه[١].

في حين يرى جانب اخر من الفقه انه لا اثر لعيوب الارادة على صحة العمل الاجرائي لاختلافه عن التصرف القانوني . فالاثار تترتب على العمل الاجرائي بصرف النظر عما يريده من قام به . وذلك بخلاف عيوب الارادة في التصرف القانوني ، اذ يمكن ابطال التصرفات المترتبة على الارادة المعيبة [٢].

والتعبير عن الارادة قد يكون صريحا او ضمنيا [٣] فيكون صريحا اذا تم اتخاذ الإجراء بالصورة التي يجري عليها العمل ، كالكتابة او الكلام الشفوي ، وقد يتحقق في صورة عمل ما ، كالقبض على المتهم او القيام باجراءات التفتيش والمعاينة المختلفة . اما التعبير الضمني للارادة فيمكن الاستدلال عليه اذا كان المظهر الذي تم اتخاذه ليس معدا للكشف عن الارادة ولكنه يفصح في ذاته عن وجودها . كالاستدلال بوجود قرار حفظ او منع محاكمة ضمني من اجراء اخر يتمثل برفع دعوى الافتراء على المجني عليه متى دل هذا الإجراء بطريق اللزوم العقلي على ان النيابة العامة قررت انه لا محل لاقامة الدعوى الجزائية[٤]. كما ان اعتماد المحكمة على ادلة الاثبات في الدعوى ينطوي على تعبير ضمني بعدم الاخذ باقوال شهود الدفاع وسائر اوجه الدفاع الاخرى ، ولا يتطلب الامر فيها ردا خاصا[٥] .

---

[١] كارنيلوتي ، بناين ،دي بيفيل مشار اليها لدى د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٤٦ .

[٢] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ، ٢٧٤د. فتحي والي ، المرجع السابق ،ص ٤٤٧

[٣] د . عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٢٤٨

[٤] نقض مصري نوفمبر ١٩٧٢ ، مجموعة الاحكام سنة٢٣ ، ص١٢٠٧ ، ولم اعثر على أي قرار لدى محكمة لتميز الاردنية ياخذ بقرار منع المحكمة الضمني لمزيد من التفصيل حول قرار منع المحاكمة الضمني انظر سميح المجالي ، قرار منع المحاكمة ، المرجع السابق ، ص٥٢ .

[٥] من القرارات الحديثة لمحكمة التميز في هذا الشان ما جاء في احد القرارات الصادرة عنها من ان تاسيس الحكم على بينة النيابة لا ينال من عدم التعرض للبينة الدفاعية ، لان ذلك يتضمن ان بينة النيابة كانت كافية للاخذ بها واصدار حكم على اساسها تميز جزاء= ٦٥٤ /٢٠٠٢ صادر بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٧ ، غير منشور وتاكد هذا المعنى من قرار اخر قالت فيه ان اطمئنان المحكمة الى الادلة التي اعتمدتها ما يفيد طرح البينة الدفاعية دون ان تكون لازمة بيان ذلك .تميز جزاء رقم ١٠٣٨ / ٢٠٠٢ صادر بتاريخ ٢١ / ١٠ / ٢٠٠٢ (نقض مصري نوفمبر ١٩٧٢ ، مجموعة الاحكام سنة٢٣ ، ص١٢٠٧ ، ولم اعثر على أي قرار لدى محكمة التمييز الاردنية ياخذ بقرار منع المحكمة الضمني لمزيد من التفصيل حول قرار منع المحاكمة الضمني انظر سميح المجالي ، قرار منع المحاكمة ، المرجع السابق ، ص٥٢ .

والاصل في العمل الاجرائي انه عمل شكلي ،[١] لا يعتد فيه بالارادة ما لم تصدر بالنموذج الذي يحدده لها القانون · ومع ذلك فلا يوجد تلازم بين الامرين · فقد توجد الارادة مع عدم توافر الشكل القانوني المطلوب ، كقيام المحكوم عليه بارسال برقية الى ديوان المحكمة يبدي فيها رغبته بالطعن في الحكم · وبالمقابل قد يتوافر الشكل في الإجراء دون وجود الارادة ، كتقديم شكوى من مجنون او عدم التمييز ضمن الميعاد القانوني · ففي الحالتين السابقتين وامثالهما يكون الإجراء باطلا ، في الاولى لتخلف الشكل وفي الثانية لتخلف الارادة ·

واذا كان الرأي الغالب هو عدم الاعتداد بعيوب الارادة في مجال العمل الاجرائي فان ذلك يجب ان لا يؤدي الى الوقوع في الخلط بين ضرورة وجود الارادة وبين تعيبها [٢]. فوجود الارادة يشكل احد مقتضيات وعناصر العمل الاجرائي الذي ينعدم بدونها بوصفه عملا قانونيا يتطلب توافر ارادة من باشره ·

والراي الغالب لدى الفقهاء ان عيوب الارادة لا اثر لها على صحة العمل الاجرائي كالوقوع في الغلط او التدليس[٣] وذلك للاسباب التالية :

- ان العمل الاجرائي ليس تصرفا قانونيا ، فالاثار تترتب عليه دون الاعتداد باتجاه الارادة او عدم اتجاهها نحو هذه الاثار · وذلك بخلاف التصرف القانوني حيث يكون للارادة فيه سلطان في تحديد الاثار [٤].

-لا مجال للقول بوجود دور للارادة المدلسة في عيوب الارادة ، فالارادة المعيبة هي المدلس عليها لا تلك التي يصدر عنها التدليس ·

- ياخذ القانون الاجرائي بالارادة الظاهرة لتحقيق عوامل الثبات والاستقرار الذي يجب ان تتسم به الاعمال الاجرائية ، وما تقتضيه الطبيعة الخاصة به ·

- نظمت بعض القوانين احوالا معينة لعدم وقوع القضاة في الغلط · ولا يعتد بغيرها ·

- البحث في عيوب الارادة يرمي الى تجنب التزام شخص ضد ارادته ، وهذه العلة لا تتوافربالنسبة للعمل الاجرائي ، فهي في غالبيتها لا ترتب التزاما على عاتق من قام بها [٥]

---

[١] على نحو ما سيتم بيانه عند الحديث عن الاسباب الشكلية للاجراء الجزائي ·

[٢] د · سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ١١٧

[٣] من الفقهاء من يفرق بين الغلط والتدليس في الاثر المترتب عليهما في صحة العمل الاجرائي · فيستبعد الغلط من نطاق عيوب الارادة · ويرى ان التدليس مجاله القانون الخاص اذ لا يوجد في قانون الاجراءات الجزائية تعاقد او متعاقدين مما لا يتصور منه حصول التدليس الا من الشخص الذي يباشر الإجراء · كما هو الحال في البلاغ الكاذب او شهادة الزور · وبالنتيجة فان الاعمال الصادرة عن تاثير التدليس تعتبر باطلة · ونتاين ، وما سار لي مشار اليهما لدى د · احمد فتحي سرور ،المرجع السابق ، ص٢٧٤ ·

[٤] د · فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص٣٥٦ ·

[٥] د · فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٣٥٧ ·

واذا كان الاصل ان تتطابق ارادة متخذ الإجراء الظاهرة مع الباطنة ، فان الواقع قد يشير الى وجود عدم تطابق بين الارادتين ٠ حيث يرد السؤال حول مدى الاخذ بأي منهما وتفضيل احداهما على الاخرى ؟

وفق نظرية الارادة الباطنة ،تكون العبرة للارادة المستترة اوالباطنة ، اما مظهر التعبير فليس الا قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها ٠ واذا قام الدليل على ما يخالف الارادة الظاهرة ، فالعبرة بالارادة الباطنة [١].

اما نظرية الارادة الظاهرة ؛ فتعني ان الارادة المعتبرة هي تلك الارادة في مظهرها الخارجي لا في مكمنها داخل النفس ، فاذا تم التعبير عن الارادة واخذت مظهرا خارجيا ، فالعبرة في المظهر المادي لهذا العنصر الذي يرتب عليه القانون احكامه ، ولا اهمية لما تخفي النفس خلاف ذلك[٢] ٠

ويمكن القول ان الاختلاف بين الارادتين يتحقق في صورتين هما : التحفظ الذهني ، والصورية ٠

ففي الحالة الاولى يتحقق الاختلاف بين الارادتين عن طريق اظهار المعبر ارادة واخفاء اخرى بقصد الايهام بغير الواقع ٠ اما الصورية فتتطلب اتفاق الطرفين على اظهار التصرف بصورة معينة ، وهما يضمران غيرها لغرض يخفيانه ٠

ويرى غالبية الفقه انه ليس لنظامي التحفظ الذهني او الصورية أي اثر في صحة العمل الاجرائي لانهما يقومان على مبدا سلطان الارادة ٠ وما يتطلبه من ضرورة توجه الارادة في الظاهر الى احداث اثار قانونية معينة ، وتبطن في الخفاء اتجاها اخر ٠ وكان نظام العمل الاجرائي يقتضي ان لا تتجه الارادة الى الاثار القانونية ، بل ان القانون وحده هو الذي يتحكم في هذه الاثار٠ لما كان الامر كذلك ، فانه لا تاثير للصورية او التحفظ الذهني في صحة العمل الاجرائي ، وان كانت الارادة الحقيقية في هذه الحال معيبة ٠ ويجب الاخذ بالارادة الظاهرة وتغليب الاعتبارات المتصلة بالنظام العام التي تدعو الى انهاء النزاع وعدم البحث في الارادة الباطنة ، او افساح المجال اليها في التاثير في صحة العمل الجرائي[٣].

---

[١] د ٠ عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص٩٠ ٠

[٢] د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٢٦٥ ٠

[٣] د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٥٢ ، فضلا عن ذلك فان البحث في اثر الصورية او التحفظ الذهني في صحة العمل الاجرائي لا يؤدي في النهاية الى اعتبارهما سببا للابطال ، ذلك انه في هاتين الحالتين يقوم كل من التعبير الظاهر والباطن عن قصد وارادة ، وبالتالي فان الارادة تكون قائمة لا عيب فيها ، مما يستلزم القول بعدم بطلان العمل الصوري ، د ٠ جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص٣٠٨ ٠

وفي اطار الصورية في قانون اصول المحاكمات المدنية جرى البحث في مسالة اتفاق الخصوم على انعقاد خصومة صورية بقصد الحصول على حكم صوري ؛ كأن يتواطأ المدين مع شخص اخر على ان يرفع عليه الاخير دعوى بدين وهمي او صوري من اجل الاضرار بدائن المدين • وقد اجاز القانون للغير حق الاعتراض على هذا الحكم والطعن به عن طريق اعتراض الغير[١].

واذا كان نظام الخصومة الصورية كثير الوقوع في نطاق الخصومة المدنية ، فانه يبدو امرا متعذرا في نطاق الخصومة الجزائية التي تتولى فيها النيابة العامة تحريك دعوى الحق العام • وبالرغم من ذلك ، فانه من المتصور حدوث مثل هذه الحالة في نطاق الخصومة الجزائية ، كأن يقوم المتهم بالاتفاق مع المجني بان يرفع الاخير دعوى مباشرة امام المحكمة ضد المتهم ولا يقدم أي دليل لاثبات دعواه ، من اجل ان يحصل المتهم على حكم بالبراءة ، ليقطع الطريق على النيابة العامة ان هي قامت برفع نفس الدعوى على المتهم ليتسنى له الدفع بان الدعوى سبق صدور حكم بات فيها واصبحت مقضية[٢].

وقد عرضت مثل هذه الدعوى على محكمة النقض المصرية فرفضت الدفع بان الدعوى سبق صدور حكم فيها ، على اعتبار ان القضية الاولى لم تكن جدية وكان الغرض منها التلاعب وافلات المتهم من العقاب ، وان حكم البراءة المبني على غش وتدليس لا يرتب حقا[٣].

ويرى جانب من الفقه في تعليقه على هذا الحكم ، انه محل نظر ، لان العبرة في الاعمال الاجرائية بالارادة الظاهرة لا الباطنة • ولا يجوز التوغل لمعرفة الارادة الباطنة • وهو يرى ان الحكم الاول صحيح ، فمتى استنفذ طرق الطعن فيه اصبح عنوانا للحقيقية ، سيما وان القانون الاجرائي الجزائي لم ينظم طريق الطعن باعتراض الغير كما فعل القانون الاجرائي المدني • واذا كانت هذه النتيجة تتعارض مع مقتضيات النظام العام، وما يتطلبه من جدية في الخصومات ، وعدم تسخير القضاء لتحقيق مأرب شخصية ، فان مثل هذه المخاوف ستتضاءل امام ضرورة الحفاظ على استقرار الاحكام الجزائية واحترام المراكز القانونية ما لم تصل الى حد الانعدام[٤]

---

[١] المادة ٢٠٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية •

[٢] يجوز ذلك في القضايا المنظورة امام قاضي الصلح والتي لا يفترض القانون فيها تمثيل النيابة العامة حضور المحاكمة والقيام بدور ممثل النيابة فيها من حيث تسمية البينة وتقديمها واستجواب الشهود ومناقشة الدفاع • وهذا بالطبع لا يحول دون حق النيابة في ملاحقة الفاعل فان تبين لها انه من اختصاص قاضي الصلح احالت اليه الدعوى حسب الاختصاص •

[٣] نقض ١٩ يونية ١٩٣٠ ، مجموعة القواعد ، ج٢ ، ص٥٠ ، مشار اليه لدى د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٢٦٩ هامش ١ •

[٤] د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٢٦٩ •

وقد يكون عدم التطابق بين الارادة الظاهرة والباطنة مقصودا ممن قام بالعمل الاجرائي، وقد يرجع عدم التطابق لغلط في الواقع او القانون • فاذا اقر المتهم بالتهمة الموجه اليه تحت تاثير اعتقاد خاطئ بان الدعوى الجزائية قد سقطت بالتقادم او شملها قانون العفو العام او صدور قرار بمنع المحاكمة عن المدعي العام لعدم كفاية الادلة نتيجة لسرقة بعض التحقيقات التي اجراها ، او ان يتنازل المتهم عن الطعن بالحكم اعتقادا منه خطأ بان الحكم صحيح وموافق للقانون • ففي هذه الحالات وامثالها لا يعتد الا بالارادة الظاهرة ، ولا يؤثر مثل هذا الغلط في صحة العمل الاجرائي ،سواء كان الغلط في الواقع او القانون • وهذا الامر يختلف بالطبع عن الغلط الناتج عن عدم التطابق بين الارادتين نتيجة للغلط • ففي مثل هذه الحالة يعتد بالغلط ويسمى بالغلط المانع الذي يؤثر في صحة العمل الاجرائي فاذا ثبت للمحكمة أن المتهم حين اعترف بالتهمة كان يقصد الانكار نتيجة لوقوعة في غلط ما ، فان مثل هذا الاعتراف لا يعتد به ، او ان يقول المتهم بانه يتنازل عن الدفع بدل الاعتراض ففي مثل هذه الحالات يتم الاخذ بالارادة الظاهرة التي وقعت في الغلط[١].

وعودا للاجابة عن السؤال الذي تم طرحه بداية حول الارادة التي يتم تفضيلها عند وجود اختلاف بين الارادة الظاهرة والباطنة • يمكن القول بوجود رأيين : احدهما يرى ان العبرة في تكيف العمل الاجرائي هو بحقيقه الواقع وليس بما يضفيه عليه من يباشره فالترجيح في هذه الحالة للارادة الباطنة دون الظاهرة • اذ يتعين دائما تمحيص العمل الاجرائي للوقوف على حقيقته واعطائه الوصف القانوني الصحيح • لان العبرة دائما للمعاني وليست للالفاظ والمباني[٢].

اما الرأي الاخر ، وهو الراجح في الفقه ، فيرى ان العبرة في هذه الحالة للارادة الظاهرة دون الباطنة • فالقانون يرتب احكامه على المظهر الخارجي للعمل الاجرائي دون باطنه ، فبمجرد صدوره او ظهوره الى الوجود يعد قائما قانونا متى توافرت عناصره القانونيـــة الاخرى [٣]. ويضيف اصحاب هذا الراي : ان الخصومة وسيلة يهدف القانون من تنظيمها الى استمرار العلاقات القانونية ، بقدر ما يرمي الى الوصول للحقيقة • فضلا عن ان حسن ادارة العدالة يقتضي عدم التورط في منازعات تدور حول البحث عن الارادة الباطنة[٤].

---

[١] فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٤٥١ – ٤٥٢ .

[٢] د • سلمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص١١٧ .

[٣] د• أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٢٦٥ ،عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٢٤٨ • د• فتحي والي ، مرجع سابق ،ص ٤٥٣

[٤] د • فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٥٠ .

والقول بترجيح الارادة الظاهرة ينبغي ان لا يحول دون تمحيص العمل الاجرائي ومعرفة الوصف القانوني الصحيح له ، فالعبرة في وصف الحكم بانه حضوري او غيابي هو في حقيقة الواقع لا بما تذكره المحكمة في الحكم ٠ فاذا وصف الحكم الجنحوي خطأ بانه حضوري ، وهو في واقع الامر غيابي، فان ذلك لا يحول دون الطعن به بطريق المعارضة ، والعكس صحيح ٠ ولا يتعارض هذا القول مع المبدا السابق في الاخذ بالارادة الظاهرة طالما ان وصف العمل الاجرائي لا يدخل في تكوينه او في شروط صحته وبالتالي فان الخطا فيه لا يؤثر في صحته ٠

فالقاضي قد يخطا في تطبيق القانون او تاويله دون ان تكون ارادته معيبة باي عيب وليس لهذا الخطا علاقة بالغلط كعيب من عيوب الارادة من هنا فان المهم ليس ارادة القاضي وانما مدى مطابقة الحكم للقانون[١].

بالإضافة إلى ما سبق ، فانه لا اثر لحسن نية متخذ العمل الإجرائي في صحته ٠ فإذا فتش عضو الضابطة العدلية منزلا في الحالات التي يتطلب فيها إذنا من النيابة العامة معتقدا خطأ بان النيابة قد أذنت له بهذا التفتيش ، أو أن تستند المحكمة في إدانة المتهم إلى اعتراف تعتقد خطا صدوره عنه ٠ ففي مثل هذه الحالات يكون الحكم أو الإجراء باطلا؛ بسبب عدم توافر شروط صحته ٠ فحسن النية لا يحول دون وقوع البطلان ، وبنفس الوقت فان اعتقاد متخذ الإجراء بعدم صحة الإجراء الذي يقوم به لا يحول دون صحته إذا توافرت الشروط المطلوبة فيه بصرف النظر عن اعتقاد متخذ الإجراء ٠

---

(١) د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٦٢ ٠

المطلب الرابع

محل الإجراء الجزائي

المقوم الاخر من مقومات الإجراء الجزائي هو المحل الذي يرد عليه الإجراء او الموضوع الذي يشكل مضمونه ٠

ويقصد بمحل العمل القانوني بوجه عام ، ومحل العمل الاجرائي بوجه خاص ٠ احد معنين الاول : الشيء الذي يرد عليه العمل ، وهو بذلك يعتبر مفترضا من مفترضات الإجراء ، وان لم يدخل في تكوين العمل ، ويشترط وجوده حتى يتمكن الاجراء من انتاج اثاره القانونية بشكل كامل ٠ اما المعنى الثاني فيقصد به ؛ المضمون الذي يراد تحقيقه من وراء العمل ، وهو بذلك يعد عنصرا من عناصر العمل الاجرائي[١]٠

وقد ذهب رأي الى القول بان محل العمل الاجرائي هو الحق (le droit) فالغرض من العمل الاجرائي هو اعمال الحق[٢]٠ وينتقد جانب اخر من الفقه هذا الراي على اعتبار ان وجود الحق او عدم وجوده لا علاقة له بالعمل الاجرائي او صحته ، وان الحق والعمل فكرتان متميزتان عن بعضهما تمام التميز ، فسلطة الدولة في العقاب فكرة مستقلة عن رفع الدعوى الجزائية ، ويعد رفع الدعوى صحيحا سواء كان للدولة سلطة في العقاب او لم يكن لها هذه السلطة[٣]٠

كما انه لا وجه للخلط بين الاهلية والمحل ، فالمقصود بالاهلية – كما تم بيانه سابقا – تعني صلاحية الشخص في نظر القانون لمباشرة اجراء معين ٠ وبذلك ، فان المحل لا يعد عنصرا من عناصر الاهلية ٠ مع التسليم بان الشخص قد يكون اهلا لمباشرة احد الاعمال الاجرائية استنادا الى محل يخالف القانون٠ فيكون العمل باطلا ، لا لانعدام الاهلية وانما لعيب في المحل ٠ فالاهلية اذن صلاحية الشخص بمباشرة اجراء معين بصفة مجردة ودون عبرة بالظروف التي قد يحددها محل الإجراء ٠

وقد يكون محل الإجراء – كاحد مفترضاته – شيئا ماديا او شخصا من الاشخاص ٠ فالامر الصادر بتفتيش منزل ، محله المنزل الذي ورد عليه امر التفتيش ٠ ومعاينة مكان الحادث محلها هو هذا المكان ٠ وقد ويكون المحل واقعا على شخص ، كالقبض على المتهم

---

(١) د ٠ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص٣٥٧ ، د ٠ عبد الحكم فودة ، البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٥٧ ٠

(٢) De Bieville (Marc) : Les nullites des actes de procedure en matiere civile , these ١٩٤٤ . p٧ مشار لدى د ٠ فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٤٦٣ ٠

(٣) د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٠١ ٠

الذي محله هذا المتهم ، او امر القاضي باحضار شاهد محله هو هذا الشاهد • والحكم على المتهم بعقوبة معينة يعد محله شخص المحكوم عليه[١].

لقد فرق جانب من الفقه بين محل الإجراء الجزائي وموضوعه ·فمن نظر الى المحل من زاوية المعنى الاول – أي باعتباره مفترضا للعمل الاجرائي – راى انه لا يتصور وجود العمل منتجا لاثاره القانونية دون وجود محل له • اما من نظر الى المحل من الزاوية الاخرى – أي كعنصر من عناصر العمل الاجرائي – فهو يرى انه يكون مرادفا لموضوع او مضمون العمل[٢].

والواقع انه بصرف النظر عن الخلاف الفقهي حول مدى صواب القول "بمحل" او "موضوع" الاجراء • فالثابت ان للاخير مضمونا اجرائيا يستهدفه القانون ، او تترتب عليه اثاره القانونية ، سواء أطلقنا على هذا المضمون محل الإجراء ام موضوعه • وقد يتمثل هذا المضمون في صورة واقعة مادية (كالقبض على المتهم او تفتيشه او اجراء المعاينة) او في صورة تصرف معين كتحريك الدعوى الجزائية او احالتها الى المحكمة او قد يتعلق المحل بشخص كالشاهد او المتهم •

وبالمقابل ،نجد رايا في الفقه[٣]ينكر وجود أي اهمية لفكرة المحل كعنصر من عناصر العمل الاجرائي في دراسة نظرية البطلان • ويرى ان تطبيقات هذه الفكرة تندرج تحت اوجه البطلان الاخرى او الخطا في تطبيق القانون بمعناه الضيق • فمثلا خلو صحيفة الدعوى من احد البيانات المطلوبة تكون باطلة لا لعدم وجود المحل وتعيبه وانما لسبب شكلي هو اغفال بيان جوهري فيها • وطلب سماع شاهد لا تجوز شهادته هو طلب بمباشرة عمل غير مقر قانونا فيتعين رفضه • وكذلك الامر بالنسبة للحكم الصادر بشيء غير مشروع فلا يعد حكما باطلا لعدم وجود المحل وانما هو حكم خاطئ في تطبيق القانون والحكم الصادر بشيء غامض او غير محدد يعد حكما باطلا لتناقض الاسباب مع المنطوق اوهو حكم خاطئ في تطبيق القانون.

وبالنتيجة فان اصحاب هذا الجانب من الفقه يرون بانه لا جدوى ولا فائدة من دراسة فكرة المحل كعنصر من عناصر العمل الاجرائي في نظرية البطلان ، لان تطبيقات

---

[١] د • عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٢٥٧ •

[٢] د • سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق، ص١٨٧ ، وهو يفضل مصطلح موضوع العمل الاجرائي لانه يعد اكثر دلالة من "المحل " لكون الاول يسمح باستيعاب معاني الوقائع والتصرفات للاشخاص بينما يوحي الثاني بمعنى الشيئية •

د • فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٦١ •

[٣] د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٠٣ •

هذه الفكرة قد تندرج تحت اوجه البطلان الاخرى او الخطأ في تطبيق القانون ٠ ومحل العمل الاجرائي وفقا لهذا الرأي هو الشيء المادي او الشخصي الذي يرد عليه العمل ٠

ويبدو ان هذا الراي ليس بمنأى من النقد ؛ فالقول باننا لا نحتاج الى فكرة المحل كعنصر في العمل الاجرائي في دراسة البطلان وبنفس الوقت القول بان هذه الفكرة تنطوي تحت اوجه البطلان الاخرى فيه تناقض واضح ٠ فما دام يسلم بان فكرة المحل قد تدخل ضمن اوجه البطلان الاخرى فان دراستها ضمن نظرية البطلان تغدو ضرورية ٠ ومن جهة اخرى فان هذا الراي منتقد ، عندما يضع مخالفة محل الإجراء تحت باب الخطأ في القانون الذي يتسع ليشمل جميع المخالفات الاخرى ٠

والواقع ان المدقق في الرأيين السابقين ، الاول المؤيد لوجود فكرة المحل كعنصر مفترض من مفترضات العمل الاجرائي ،والثاني المنكر لوجود أي دور لفكرة المحل في بطلان العمل الاجرائي ، يجد ان الرايين يختلفان في التاصيل ولكنهما يلتقيان في النتيجة التي يخلصان اليها ٠ فهما يختلفان في تاصيل علاقة المحل بباقي عناصر العمل٠ وهل المحل مفترض سابق على توافر هذه العناصر ام هو احدها ٠ الامر الذي ادى الى اختلاف في التسمية من ناحية، واختلاف في النظرة الى الجزاء الاجرائي المترتب على تخلف المحل من ناحية اخرى ٠

ففيما يتعلق بالتسمية ثمة حديث عن المحل او الموضوع ٠وفيما يتعلق بالجزاء هنالك تباين في تحديد صورته هل هو البطلان او هو رفض العمل المخالف للقانون ٠الا انه بالرغم من الاختلاف السابق فانهما – وكما اسلفت – متفقان بالنتيجة على اهمية المحل ودوره في العمل الاجرائي[1].

ان فكرة استبعاد أي دور للمحل كعنصر من عناصر العمل القانوني لم تكن حصرا بالقانون الاجرائي ، بل ان هنالك راي في القانون المدني يرى ان المحل ليس شرطا لصحة التصرف القانوني[2]٠لان هذا التصرف هو الارادة التي لا يتصور وجودها دون وجود موضوع تنصب عليه ٠فوجود الموضوع هو نتيجة حتمية لوجود الارادة ٠فالموضوع غير الموجود يعني عدم وجود مضمون للارادة وبالتالي انعدامها كتصرف قانوني ، والارادة لا يمكن ان تكون شيئا ماديا ، وبالتالي لا يكون المحل المادي عنصرا في الارادة وهي شيء معنوي ٠ واذا كان التصرف القانوني اراد الاثر القانوني ،فان هذه الارادة لا يتصور لها وجود فعلي دون ان تكون منصبة على موضوع ،فان تخلف الموضوع تخلفت الارادة ٠

---

(١) د ٠ سلمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص١٨٨

(٢) د ٠ جميل الشرقاوي ،المرجع السابق ، ص٢٨٢

ويخلص الى نتيجة مفادها ان وجود المحل ليس شرطا في التصرف ما دام استلزامه ليس فرضا من القانون وانما هو نتيجة طبيعية لصدور الارادة[١].

والواقع انه اذا صح مثل هذا التصور في مجال التصرفات القانونية ،حيث تخضع هذه التصرفات لسلطان الارادة ، التي لها دور رئيس في انتاج الاثار القانونية . فانه لا يصح مثل هذا التصور في مجال الاعمال الاجرائية .

فالارادة في العمل الاجرائي – كما تم بيانه سابقا – ليس لها أي دور في انتاج الاثار القانونية ، حيث ينحصر هذا الدور في الاتجاه نحو تحقيق الواقعة المادية المجردة في حين يتولى القانون ترتيب الاثار القانونية على هذا العمل متى اتجهت الارادة لتحقيق الواقعة

فاذا اتجهت الارادة – مثلا – الى مباشرة عمل يرد على محل غير مشروع ؛ فانه لا جدال في وجود الارادة التي يتطلب القانون لوجودها مجرد ان تتجه نحو تحقيق الواقعة المادية ، دون ان يتطلب توجهها نحو المحل المشروع[٢].

إذاً حيث ينحصر دور الارادة نحو تحقيق الواقعة الاجرائية ، في حين يتكفل القانون تحقيق الاثار القانونية دون اشتراط توجه الارادة الى تحقيق الاثار ، فان محل العمل الاجرائي لا يكون الا شيئا ماديا او شخصا يرد عليه هذا العمل . شريطة ان يكون محل الاجراء او موضوعه محددا او قابلا للتحديد .ومن جهة اخرى ان يكون مشروعا أي مطابقا للقانون .وان فقدان احد الشرطين يؤدي الى بطلان العمل الاجرائي. ويمكن بيان مضمون هذين الشرطين على النحو الاتي :

اولا : ان يكون محل الإجراء محددا او قابلا للتحديد .

فالحكم يجب ان يرد على متهم محدد ، ولا تنعقد الخصومة الجنائية اذا توفى المتهم قبل رفع الدعوى عليه ، وتسقط بوفاته ، كما لا يجوز ان يبقى المتهم في مرحلة المحاكمة مجهولا .وفي مجال اجراءات التحقيق لا يستكمل الإجراء مقوماته دون ان ينصب على موضوع محدد او على الاقل قابل للتحديد .كما في اجراءات القبض والتفتيش والندب وغيرها من اجراءات التحقيق .

---

[١] يبين صاحب هذا الراي ان الاسباب التي ادت الى اعتبار المحل كعنصر خارج عن الارادة يعود الى الخلط بينه وبين محل الالتزام. فالفقه يعالج محل كركن في الالتزام ويحدد موضوع الالتزام بان يكون عملا او امتناعا عن عمل . وبذلك فان المحل في الالتزام له صفة مادية او على الاقل صفة خارجية ويحصل الخلط اذا تم نقل تصور محل الالتزام الى محل التصرف نفسه . لان محل التصرف ارادة والارادة نشاط نفسي خالص . ولما كان المحل بهذه الصورة امرا معنويا فلا يمكن ان يدخل الشيء المادي كعنصر في المعنوي فالمحل كعنصر للارادة يجب ان يبقى ذاتيا محضا . د . جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص٢٦٦ .

[٢] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٠٤ .

فالتفتيش – مثلا – لا يجوز مباشرته الا اذا ورد على شخص او منزل معين .فتفتيش المنزل كعمل اجرائي محله هذا المنزل المطلوب تفتيشه فاذا قام رجل الضابطة العدلية المكلف بالقيام بالتفتيش ، بتفتيش منزل اخر غير المذكور في اذن التفتيش ، وقع العمل باطلا لمخالفته لمحله . والامر الصادر بتفتيش مجموعة غير محددة من الاشخاص او الاشياء يكون باطلا لعدم تحديد محله[١].

والواقع ان العيب الذي يتبع بطرق الإجراء ينحصر في وجود جهل كامل بموضوع القبض او التفتيش . لذلك ، فلا يلزم ان يكون موضوع القبض او التفتيش محددا بل يكفي ان يكون قابلا للتحديد . ولا يشترط ان يتضمن امر التفتيش اسم الشخص المراد تفتيشه ووظيفته او محل اقامته طالما انه الشخص المقصود بالتفتيش ، كما لا يترتب البطلان على تفتيش شخص شاب الاذن الصادر بتفتيشه خطا في اسمه متى ثبت للمحكمة انه هو المقصود بالتفتيش .

لقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى ابعد من ذلك عندما اجازت ان يكون اذن التفتيش صادرا لمتهم معين ومن يتواجد معه وقت التفتيش . [٢]

ويجوز للمدعي العام تفتيش المشتكى عليه وله ان يفتش غيره اذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة[٣]. كما اجازت المادة ٩٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية لموظفي الضابطة العدلية ان يفتشوا الاشخاص الموجودين في المنزل في حال الاشتباه بانهم يخفون مواد يجري البحث او التحري عنها في كشف الحقيقة[٤].

اذا يبدو ان القضاء يتوجه نحو توسيع مفهوم – محدودية المكان – بحيث يجيز للمحقق او الجهة التي يصدر اليها امر التفتيش ان تجري التفتيش في كافة الامكنة التي يمكن ان يوجد فيها اشياء تساعد في كشف الحقيقة[٥] . ولكن هذا التوسع يجب ان لا يؤدي الى

---

(١) وهنالك من يرى التفتيش الخاص اذا لم يسفر عن نتيجة . يستطيع المحقق ان يامر باجراء تفتيش عام في جميع منازل الحي او جهة معينة . والواقع ان هذا الراي لا يتفق مع كون التفتيش احد اجراءات التحقيق التي لا يجوز الالتجاء اليها الا بناء على تهمة موجهة الى شخص معين في محل حصين . فليست جميع منازل المواطنين مفتوحة امام سلطة التحقيق الا تلك التي يشتبه في احتوائها على ادلة . Garraud , Op.cit , P.٢١٤ لمزيد من التفصيل انظر د . سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص

(٢) نقض جنائي ٢١ ديسمبر ١٩٨٧ ، مجموعة احكام النقض ، ص١٣٥

(٣) المادة ٨٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، تقابلها المادة ٩٤ من قانون الاجراءات الجنائية المصري انظر فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص٥١٦ .

(٤) د . محمد نجم ، المرجع السابق ، ص٤١٧ .

(٥) من احكام محكمة النقض الفرنسية، Crim . ٢٧ October ١٩٥٩ , B. C . no ٤٥٠

القول بامكانية تفتيش مكان او امكنة بشان جريمة لم يتاكد وقوعها بعد ٠ ولا تتردد المحاكم في ابطال اذن التفتيش متى كان موضوع الاذن متعلقا بجريمة محتملة الوقوع[١]٠

واشتراط ان يكون المحل محددا او على الاقل قابلا للتحديد ، لا يعني تقيد الطريقة او الوسيلة التي يتم بها التفتيش ، فللشخص المكلف بالتفتيش اتخاذ الطريقة التي يراها مناسبة لتحقيق الغرض من التفتيش ما دامت الوسيلة ضمن اطار القانون[٢]٠

وما قيل بشان التفتيش يمكن ان يقال عن باقي اجراءات التحقيق ٠ فانتداب احد موظفي الضابطة العدلية – مثلا – من قبل المدعي العام ، يتطلب ان يكون موضوع الندب محددا بعمل او اكثر من اعمال التحقيق ، ولا يجوز الندب للتحقيق بقضية برمتها[٣]٠ وان لا يكون من بين تلك الاجراءات الاستجواب او التوقيف او اصدار قرارات التصرف في التحقيق[٤]٠من جهة اخرى يجب يكون محل الندب او موضوعه متعلقا بجريمة قد وقعت بالفعل ٠ فاذا خالف امر الندب هذه الاحكام المتعلقة بمحل او موضوع امر الندب وقع الإجراء باطلا ٠

واخيرا ؛ وفيما يتعلق باشتراط ان يكون محل الإجراء محددا ٠ لا بد ان يكون موضوع الدعوى الجزائية محددا ٠ وهذا لا يتم الا في ضوء تحديد شخص المتهم من ناحية او الجرم المنسوب اليه من ناحية اخرى ٠

ويترتب على عدم تحديد او تعين المتهم او الجرم المسند اليه ، بطلان ما قد يتخذ من اجراءات في الدعوى ٠ ومما لا شك فيه ان امر تحديد شخص المتهم يختلف من مرحلة الى اخرى ٠ فان كان امر تحديد شخصية المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي لا يترتب عليها البطلان ، بل يجوز التحقيق في دعوى رغم عدم معرفة الفاعل من اجل الكشف عنه واحالته الى المحكمة المختصة٠ فانه يستلزم ان يكون الفاعل معروفا في مرحلة المحاكمة وان تكون الواقعة المنسوبة اليه معلومة كذلك ٠ والمحكمة مقيدة بشخصية ونوعية الدعوى ، فهي لا تملك ان تضيف متهمين اخرين لم يحالوا اليها بالطريق القانوني السليم ، كذلك لا يجوز لها ان تضيف وقائع او تهم اخرى للمتهمين ٠ ويترتب على تحديد شخصية المتهم في

---

[١] من احكام محكمة النقض الفرنسية انظر، Crim ١٦ avril ١٩٧٠ , B.C.N ١٢٤

[٢] هذه الاشارات السريعة الى محل التفتيش كانت بمناسبة الحديث عن محل او موضوع العمل الاجرائي ٠ ولكن ستكون لنا وقفة اطول مع هذا الموضوع عند الحديث عن البطلان المتعلق باجراءات التحقيق في القسم المخصص لذلك ٠

[٣] د ٠ حسن جوخدار ، المرجع السابق ، ص٥٨

[٤] تلزم المادة ٤٦ من قانون اصول المحاكمات الجنائية موظف الضابطة العدلية في حالة وقوع جرم مشهود او حالما يطلب منهم صاحب البيت ان يجروا التحريات وسائر المعاملات التي هي من وظائف المدعي العام ٠ انظر كذلك المادتين ٩٢، ٤٨ من نفس القانون

القول بامكانية تفتيش مكان او امكنة بشان جريمة لم يتاكد وقوعها بعد ، ولا تتردد المحاكم في ابطال اذن التفتيش متى كان موضوع الاذن متعلقا بجريمة محتملة الوقوع[١].

واشتراط ان يكون المحل محددا او على الاقل قابلا للتحديد ، لا يعني تقيد الطريقة او الوسيلة التي يتم بها التفتيش ، فللشخص المكلف بالتفتيش اتخاذ الطريقة التي يراها مناسبة لتحقيق الغرض من التفتيش ما دامت الوسيلة ضمن اطار القانون[٢].

وما قيل بشان التفتيش يمكن ان يقال عن باقي اجراءات التحقيق ، فانتداب احد موظفي الضابطة العدلية – مثلا – من قبل المدعي العام ، يتطلب ان يكون موضوع الندب محددا بعمل او اكثر من اعمال التحقيق ، ولا يجوز الندب للتحقيق بقضية برمتها[٣]. وان لا يكون من بين تلك الاجراءات الاستجواب او التوقيف او اصدار قرارات التصرف في التحقيق[٤]،من جهة اخرى يجب يكون محل الندب او موضوعه متعلقا بجريمة قد وقعت بالفعل ، فاذا خالف امر الندب هذه الاحكام المتعلقة بمحل او موضوع امر الندب وقع الإجراء باطلا ،

واخيرا ؛ وفيما يتعلق باشتراط ان يكون محل الإجراء محددا ، لا بد ان يكون موضوع الدعوى الجزائية محددا ، وهذا لا يتم الا في ضوء تحديد شخص المتهم من ناحية او الجرم المنسوب اليه من ناحية اخرى ،

ويترتب على عدم تحديد او تعين المتهم او الجرم المسند اليه ، بطلان ما قد يتخذ من اجراءات في الدعوى ، ومما لا شك فيه ان امر تحديد شخص المتهم يختلف من مرحلة الى اخرى ، فان كان امر تحديد شخصية المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي لا يترتب عليها البطلان ، بل يجوز التحقيق في دعوى رغم عدم معرفة الفاعل من اجل الكشف عنه واحالته الى المحكمة المختصة، فانه لا يستلزم ان يكون الفاعل معروفا في مرحلة المحاكمة وان تكون الواقعة المنسوبة اليه معلومة كذلك ، والمحكمة مقيدة بشخصية ونوعية الدعوى ، فهي لا تملك ان تضيف متهمين اخرين لم يحالوا اليها بالطريق القانوني السليم ، كذلك لا يجوز لها ان تضيف وقائع او تهم اخرى للمتهمين ، ويترتب على تحديد شخصية المتهم في

---

[١] من احكام محكمة النقض الفرنسية انظر، Crim ١٦ avril ١٩٧٠ , B.C.N ١٣٤

[٢] هذه الاشارات السريعة الى محل التفتيش كانت بمناسبة الحديث عن محل او موضوع العمل الاجرائي ، ولكن ستكون لنا وقفة اطول مع هذا الموضوع عند الحديث عن البطلان المتعلق باجراءات التحقيق في القسم المخصص لذلك .

[٣] د ، حسن جوخدار ، المرجع السابق ، ص٥٨

[٤] تلزم المادة ٤٦ من قانون اصول المحاكمات الجنائية موظف الضابطة العدلية في حالة وقوع جرم مشهود او حالما يطلب منهم صاحب البيت ان يجروا التحريات وسائر المعاملات التي هي من وظائف المدعي العام ، انظر كذلك المادتين ٩٢، ٤٨ من نفس القانون

الدعوى امام المحكمة انه اذا توفي انتفى موضوع الدعوى في شقه الشخصي وتعين اسقاط الدعوى ، وبطلت كافة الاجراءات اللاحقة لاجراء اسقاط الدعوى .

ثانيا : ان يكون محل الإجراء مشروعا وغير مخالف للقانون[١].

لا يكفي ان يكون محل الإجراء محددا او قابلا للتحديد ، بل لا بد ان يكون مشروعا وغير مخالف للقانون . ولا نعني بالقانون في هذا المقام ، قانون اصول المحاكمات الجزائية ، بل يمتد الامر الى قانون العقوبات وباقي فروع القانون .

واذا وقع محل الإجراء مخالفا للقانون سقط الإجراء في شرك البطلان واصبح غير قادر على اثبات اثاره القانونية المرجوة منه فيما لو صدر صحيحا شريطة توافر باقي عناصره .

والواقع ان مخالفة هذا الشرط تستوعب كافة المخالفات الشكلية والموضوعية للاجراء الا ان دواعي الدراسة المنهجية تستدعي بيان هذه العناصر بشكل مستقل . وحتى في اطار المقوم الواحد – كالمحل مثلا – يستلزم الامر دراسة كل شرط من شروطه لبيان الاثر الذي يحدثه غياب أي شرط منها .

وكما استعرضنا بعض الاجراءات في الشرط الاول فيمكن الاشارة اليها في الشرط الثاني وبيان اثر مخالفتها للقانون على نتيجة العمل الاجرائي .

فالاستجواب – مثلا – احاطة المشرع بقيود وضمانات عديدة تهدف الى بيان الحقيقة من ناحية ، واحترام حقوق الفرد من ناحية اخرى . والواقع ان اغلب هذه الضمانات تقرر بموجب الشروط الشكلية لصحة الإجراء ، وليست من مقومات الموضوعية .

ومن شروط الاستجواب الموضوعية الذي يجب ان لا يتم الحصول علية الا بوسائل مشروعة لا تخالف القانون فاذا تم مثل هذا الاستجواب عن طريق العنف او الاكراه وقع باطلا ولا يعتمد عليه في ادانة المتهم .

والتفتيش من جهة اخرى – كاجراء من اجراءات التحقيق – يجب ان يكون موضوعه مطابقا للقانون حتى لا يوسم الإجراء بعدم المشروعية . سواء كانت الاحكام المتعلقة بالتفتيش واردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية او أي قانون اخر . فاحترام هذه القواعد يجب ان يتم في اطار المحافظة على المصلحة العامة ومصالح الافراد على حد سواء[٢].

---

[١] د . فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٤٦٧

[٢] لا شك ان الإجراءات التي تقع مخالفة للقانون عديدة . فكل اجراء يخالف الشروط التي وردت في القانون يكون غير مشروع ومعرض للبطلان . فتفتيش السفارات ومنازل السفراء ومن في حكمهم يعتبر مخالفا للقانون لانه امر محظور وفق قواعد القانون الدولي . وهكذا فقواعد التفتيش عديدة وتخضع لاحكام قوانين مختلفة . وسيتم استعراض هذه القواعد والاحكام في الجزء المخصص لها .

ومن الاجراءات الهامة التي احيطت بضمانات عديدة لتعلقها بالمتهم ومساسها باهم حقوقه وحرياته ، التوقيف • فاذا خالفت سلطة التحقيق الشروط والاحكام التي وردت في القانون في هذا الإجراء كان الإجراء باطلا[١]•

هذا فيما يتعلق بعدم مشروعية اجراءات التحقيق ، اما فيما يتعلق بالاحكام الجزائية، فقد احاط المشرع هذا الإجراء ايضا بضمانات عديدة ، من اهمها ؛ ان يكون موضوع العقوبة في احكام الادانة مشروعا ، فاذا كان الحكم صادرا بعقوبة غير منصوص عليها في القانون او مخالفة لاحكامه كان الحكم معيبا لعدم المشروعية ، الامر الذي يعني استحالة تنفيذه ، وبغض النظر عن الخلاف الدائر بهذا الشان حول الجزاء المترتب على هذه المخالفة هل هو البطلان ام الانعدام ام الخطا في القانون[٢]•

---

[١] خاصة في ظل التعديل الجديد لقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ الذي جعل القاعدة العامة هي عدم جواز التوقيف و لم يجز التوقيف الا في الجنح التي تزيد مدة الحبس فيها عن سنتين واورد بعض الاستثناءات المحددة على هذه القاعدة كجرائم السرقة والايذاء •بالاضافة الى النص على شروط واجراءات عديدة ادت الى التقليل من الاثار السلبية التي كانت تنجم عن التوقيف في السابق • سيتم دراسة تفاصيل الموضوع في الجزء المخصص له •

[٢] يرى جانب من الفقه ان الحكم الذي يقضي بعقوبة لم ينظمها القانون يعتبر باطلا ويجوز الطعن به لمخالفة القانون ، فاذا استنفذ طرق الطعن به اصبح صحيحا • ويعيب هذا الراي انه يخلط بين البطلان والخطا في القانون • جانب اخر من الفقه يرى بان الجزاء المترتب على هذه الحالة هو الانعدام ، لان القانون لم ينظم مثل هذه الاحكام ولانها فقدت شروطصحتها كاعمال قضائية • ولان الحكم يعبر عن ارادة الدولة وسلطتها في العقاب فان استحال تنفيذ الحكم فانه لا يعبر عن ارادتها وبالتالي يكون منعدما • وهذا الراي معيب لان الحكم باعتباره عملا اجرائيا يستوفي مقومات وجوده بتوافر الشروط الشكلية والموضوعية فيه • اما الخطا في توقيع عقوبة لا يقرها القانون فهو محض خطا في القانون ولا سبيل لاصلاحه الا عن طريق الطعن بالطرق المقررة في القانون فان استنفذت اخلف المتهم من العقاب د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٠٧

المطلب الخامس

سبب الإجراء الجزائي

سبب العمل الاجرائي هو المبرر القانوني لاتخاذه ، والذي يفترض وجود سند قانوني يضفي على العمل مشروعيته ، [١] وسيتم تقسيم هذا المطلب الى الفروع التالية :

الفرع الاول

السبب في التصرف القانوني

يمكن ان نستعرض بداية – ولو بشكل سريع – دور السبب في القانون المدني ، وموقف النظريتين التقليدية والحديثة منه ، ومدى الاخذ بهذه الفكرة في مجال القانون الاجرائي ،

للسبب في التصرف القانوني عدة معان منها ، انه الغرض المباشر الذي يهدف الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه ،[٢] وهو بهذا المعنى لا يكون عنصرا في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدي دون سواه من مصادر الالتزام ، [٣]

وبالرجوع الى بداية نظرية السبب ، نجد انها تزداد اهميتها كلما قوي دور الارادة في تكوين العقد وضعف دور الشكل ،فالارادة اذا انطلقت من قيد الشكل ، وجب ان تتقيد بالسبب ،والعكس صحيح ،فعندما كان الشكل وحده – دون الارادة – يؤلف العقد لم يكن للسبب أي اثر ، ثم اتسع دوره على حساب الشكل الى ان تحررت العقود من الشكلية فحل السبب محلها[٤].

اذا يكمن دور السبب – كفكرة قانونية – في وضع القيود على سلطان الارادة الممنوح للشخص في التصرف القانوني ، فهذه القيود لا تكفي وحدها للحد من دور الارادة وانما يجب ان تخضع لقيود نابعة من الوظيفة الاجتماعية للتصرف ، فبالقدر الذي يكون فيه للارادة شأن في التصرف القانوني يخبو دور السبب ويتضاءل الى الحد الذي لا يتحقق فيه أي فائدة في اعتباره عنصرا من عناصر العمل القانوني ، ففي العمل القانوني لا تتمتع الارادة باي سلطان ، وينحصر دورها في التوجه نحو تحقيق الواقعة المادية ، واذا لم يكن للارادة أي سلطان فليس من المفيد ان نبحث عن قيد لها فالقيد يرد على ذي السلطان اصلا اما المقيد فلا توجد حاجة لتقييده[٥].

---

[١] د. سليمان عبد المنعم ، اصول الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١١٧

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤١٣

[٣] بخلاف ذلك ، يرى جانب من الفقه ان السبب عنصر في كل التزام ايا كان مصدره ، عقديا كان ام تصرفا فرديا ، فكل متعاقد يريد ان يلتزم من خلال تصرفه ، وهنالك غرض مباشر هو الذي يولد الالتزام ، وهذا الغرض هو السبب .لمزيد من التفصيل انظر عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص ٢١١

[٤] عبد الرزاق السهنوري ، الورجع السابق ، ص٤١٥

[٥] د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٧٠

والحقيقة ان السبب – في العمل القانوني – لا يخرج عن احدى فكرتين : الاولى موضوعيه والاخرى شخصيه ٠

فالسبب ضمن مفهوم الفكرة الموضوعية يمثل القيد القانوني على نشاط من يمارس العمل القانوني ٠وهو الغاية الموضوعية التي يسعى الى تحقيقها من هذا النشاط ٠

اما السبب بالمعنى – الشخصي – فانه يمثل القيد الاجتماعي للنشاط المباشر من قبل متخذ الإجراء ، والدافع الباعث لهذا النشاط ٠وهو بذلك يتميز بالخصائص التالية :
هو شيء خارجي عن العمل ، وهو شيء ذاتي للملتزم يرجع الى نواياه وما يتمتع به من دوافع ، وبنفس الوقت فانه ليس شيئا من نوع معين من التصرفات ، وانما هو متغير في كل تصرف على حدة ٠

ويمتاز السبب بمعناه الموضوعي بخصائص معاكسة لتلك التي يتمتع بها بمعناه الشخصي ، فهو شيء داخلي من عناصر العمل القانوني وليس خارجا عنه ، كما انه يتعلق بموضوع العمل ، وهو اخيرا شيء ثابت لا يتغير بتغير ظروف العمل القانوني ٠

وقد اخذت النظرية التقليدية في القانون المدني بالسبب بمفهومه الموضوعي ٠ ومن شروطه ، ان يكون موجودا وصحيحا ومشروعا ٠ في حين اخذت النظرية الحديثة بالسبب بمعناه الشخصي باعتباره الباعث الدافع على التصرف ٠ وقالت بان السبب هو الدافع الباعث الموجه ، وانه ما دامت الارادة حرة في الالتزام فيجب ان يحدها في ذلك سبب مشروع ٠فالمشروعية هي الحقيقة الوحيدة للسبب بمفهومه الحديث[١]٠

الفرع الثاني

السبب في العمل الاجرائي

اختلف الفقهاء حول اشتراط السبب ركنا في العمل الاجرائي الى رأيين ؛ احدهما يرى فيه ركنا من من اركان العمل الاجرائي ، في حين يرى الفريق الاخر ان السبب لا يعد ركنا في العمل الاجرائي ويقتصر اثره على التصرف القانوني ٠

وفي نطاق الراي الاول المؤيد لاعتبار السبب احد اركان العمل الاجرائي، يذهب اصحاب هذا الراي الى ان السبب في هذه الحالة هو المصلحة في الدعوى ، استنادا الى انه لا دعوى دون مصلحة[٢]٠وشرط المصلحة ضروري لجميع الاعمال الاجرائية وهو ليس خاصا بالدعوى او بالدفوع[٣]٠ ويضيف اصحاب هذا الراي ان هنالك سببا عاما لكل الاعمال الإجرائية ، سواء صدرت من القاضي او من باقي الاطراف ، يتمثل بالمصلحة ٠

---

[١] د ٠ عبد الرزاق السهنوري ، المرجع السابق ، ص٤٤١

[٢] Debieville , op.cit , P١١

[٣] د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٧١

والى جانب هذا السبب العام توجد اسباب خاصة لكل عمل من الاعمال الاجرائية المختلفة، ويعارض جانب اخر من الفقه فكرة وجود سبب لكل عمل اجرائي وينادون بوحدة السبب في الاعمال الاجرائية متمثل في المصلحة التي يتجه العمل الاجرائي الى تحقيقها من وجهة نظر القانون[١].

من جهة اخرى ينتقد جانب من الفقه اعتبار السبب هو المصلحة في الدعوى ، على سند من القول بان السلطة في الدعوى ليست شرطا لصحة اجراءاتها ، وهنالك فرق بين السلطة في الادعاء والسلطة في رفع الدعوى ، فضلا عن ان شرط المصلحة يدخل في ركن الاهلية وليس السبب[٢].

اما اصحاب الراي الثاني – المعارض لاعتبار السبب ركنا في العمل الاجرائي – فهم يرجعون الى تحليل فكرة السبب في القانون المدني لاثبات عدم صحة اشتراط السبب كعنصر من عناصر العمل الاجرائي .

فالملاحظ ان فكرة السبب اقترنت دائما بعنصر الارادة فحيث ازدهر سلطان الارادة كان للسبب مجال كبير ، اما حين يتناقص هذا الدور ويغلب عنصر الشكل فانه يؤدي الىضعف دور السبب او اختفائه .

وفي ضوء العلاقة السابقة بين الارادة والسبب ، خلص اصحاب هذا الراي الى القول بان السبب لا يشكل عنصرا من عناصر العمل الاجرائي طالما ان الاعمال الاجرائية هي اعمال قانونية بالمعنى الضيق ، وينحصر دور الارادة فيها نحو تحقيق الواقعة المادية ، في حين يرتب القانون الاثار والنتائج دون الاعتداد بسلطان الارادة نحو تحقيق الاثار القانونية وبالنتيجة فليس للغاية التي يرمي اليها الشخص من عمله الاجرائي أي اثر على صحته لان هذه الغاية لا تعتبر من عناصر العمل ، وليس للسبب أي دور في العمل الاجرائي سواء كان ذلك بمعناه الموضوعي ام الشخصي[٣].

وينتقد جانب من الفقه الراي السابق الذي ينكر وجود أي دور للسبب في العمل الاجرائي سواء بمعناه الموضوعي ام الشخصي[٤]. حيث يرى هذا الجانب من الفقه ، ان للسبب بمعناه الموضوعي فائدة كبيرة في مجال الاعمال الاجرائية ، بخلاف التصرفات القانونية التي لها طبيعة متنوعة ، حيث تتظافر جميع الاجراءات في الدعوى نحو غاية واحدة وهي الغاية من الخصومة .لذلك كان من الضروري بيان دور السبب بمعناه

---

(١) د . فتحي والي ، المرجع السابق ، نفس الصفحة

(٢) د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣١٠

(٣) د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٤٧٤

(٤) د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣١٠

الموضوعي والشخصي مع الاشارة الى تفاوت اهمية السبب بين المعنيين في الاعمال الاجرائية ٠

فيعد السبب بمعناه الموضوعي شرطا عاما في جميع الاعمال الاجرائية ، حيث يقصد به الحالة الواقعية او القانونية التي تسبق العمل الاجرائي فتبرر لمتخذ الإجراء مباشرته[١]. فالعمل الاجرائي لا يكون صحيحا ما لم يستند الى سبب يتيحه القانون ٠ فحالة الجرم المشهود هي السبب في القبض على المتهم ومن كان حاضرا معه على مسرح الجريمة ممن يستدل بالقرائن القوية على انه فاعل الجريمة ٠والسبب في تفتيش الشخص الموجود مع المتهم هو وجود امارات قوية تنبئ عن اخفائه شيئا يساعد في كشف الحقيقة ، وثبوت ارتكاب المتهم للجريمة سبب في الحكم عليه بالادانة ٠والخطا في الحكم سبب يجيز الطعن فيه حسب الاصول[٢].

واذا كان الاصل عدم التزام الشخص الاجرائي في الافصاح عن السبب الذي دعاه لاتخاذ الإجراء ، فانه قد يكون ملزما في بعض الحالات اذا ما طلب القانون منه ذكر الاسباب ٠كما في الاحكام التي يجب ان تكون مسببة ليتسنى لصاحب المصلحة الطعن بها حيث يغدو التسبيب شكلا في العمل الاجرائي ويترتب على اغفاله البطلان ٠فضلا عن ذلك يجب ان تكون الاسباب واضحة غير متناقضة مع بعضها البعض وغير مشوبة بفساد في الاستدلال ٠

وهنالك فرق بين التسبيب والسبب في الحكم لمجمل اسباب الحكم التي تشكل الاسانيد والحجج الواقعية والقانونية التي افضت الى منطوقه ٠ اما السبب فيمثل السند القانوني للحكم بالعقوبة ٠وهو يعني على وجه التحديد بيان الواقعة التي ثبت ارتكاب المتهم لها ، ومن ناحية اخرى بيان النص القانوني او التكييف القانوني الذي يجرم هذه الواقعة ويعاقب عليها [٣]

ويمكن بيان الفارق بين السبب والتسبيب بشكل اكبر عند الرجوع الى طبيعة ومضمون كل منهما ٠ففيما يتعلق بالطبيعة ، فتسبيب الحكم يشكل ضمانا لصحته والاطمئنان اليه وبالتالي افساح المجال لاعمال الرقابة عليه ٠ويبدو التسبيب من هذه الناحية اقرب ما يكون الى الشروط الشكلية اللازمة لصحة الحكم ٠بينما يعتبر السبب احد الشروط الموضوعية للحكم ، ومقوم من مقوماته الاساسية ،وهو لازم ليس فحسب لصحته ، بل الى

---

(١) وهو ياخذ نفس المعنى الذي قال به عدد من الفقهاء في تعريف السبب في القرار الاداري٠ مثل بيونار ، ديجي ، انظر لمزيد من التفصيل د ٠ سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربي ،ط٥ ،١٩٨٤،ص ٥٢ وما بعدها

(٢) انظر المادتين ٣٧ ، ٨٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

(٣) د٠ هلالي عبد اللاه ، النظرية العامة للاثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٦٦٢

ابتنائه ووجوده من الاصل .فالحكم الذي لا يبين الواقعة التي ثبت اسنادها للمتهم او تكيفها القانوني يعتبر باطلا لافتقاده لعنصر السبب . اما فيما يتعلق بمضمون كل منهما ، فالواقع ان التسبيب من السعة بحيث يستوعب السبب طالما انه يمثل مجمل الاسانيد والحجج التي افضت في النهاية الى منطوق الحكم بما في ذلك الواقعة ووصفها القانوني .

والاصل – كذلك – ان يوجد سبب الإجراء بدون سعي من الشخص الاجرائي ، لانه امر لا دخل لارادته في حدوثه ، ولكن القانون قد يجيز في بعض الحالات البحث عن السبب ومباشرة الإجراء عند توافره ، كوجوب بحث رجال الضابطة العدلية عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الادلة اللازمة التحقيق[١].

اما السبب بمعناه الشخصي او الغائي فهو – وفق هذا الراي – الباعث النفسي الذي يدفع الشخص لمباشرة العمل الاجرائي . والذي لا يمكن نفي دوره مطلقا في الاعمال الاجرائية المختلفة . ذلك ان الاعمال الاجرائية قد تصدر عن الافراد العاديين ، ومنها ما يصدر عن الموظفين العموميين من قضاة للحكم واعضاء النيابة العامة وغيرهم .

ولما كان الموظفون العامون وهم في مباشرتهم للاعمال الاجرائية المختلفة يبغون تحقيق المصلحة العامة ، وهم بالاضافة الى ذلك يتمتعون بسلطات تقديرية واسعة ، فان الخشية من ان تؤدي استعمال مثل هذه السلطات الى تعسف في استعمال السلطة وانحراف عن غايتها. الامر الذي ان توفر يجعل من العمل الاجرائي مشوبا بعيب انحراف السلطة مما يستدعي ابطاله. ومن الامثلة على انحراف السلطة ان يدخل رجل الضابطة العدلية منزل المتهم في حالة الجرم المشهود ليس بقصد تفتيشه ، وانما للانتقام من المتهم لوجود عداوة معه .او ان يتم ايقاف الشخص المشتبه به لا للتاكد من شخصيته وانما لسلب ما معه من مال فيتم العثور اثناء ذلك على مادة ممنوعة كالمخدرات .او يتم توقيف المتهم لانه لم يعترف بالتهمة .

ويكفي في مثل هذه الحالات ان يستند الإجراء الى غاية مشروعة ولو اقترنت بغاية اخرى غير مشروعة . كما في الامثلة السابقة لان الغايات غير المشروعة تعتبر ظروفا عرضية لا اثر لها على صحة العمل الاجرائي .

ومما لا شك فيه ان فكرة السبب بالمعنى الشخصي هي من الامور الخفية المستترة داخل النفس وبالتالي يصعب اثبات الانحراف في مثل هذه الحالات .

والواقع ان الرأيين السابقين يصعب التسليم بما ورد فيهما بشكل مطلق .فانكار أي دور للسبب في الاعمال الاجرائية يهمل عنصرا اساسيا من عناصره مع التسليم باختلاف

---

[١] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣١٢

هذا الدور في التصرف القانوني عنه في العمل الاجرائي • وبالمقابل فان الاعتراف بدور للسبب بالمعنى الموضوعي والشخصي في الاعمال الاجرائية فيه مبالغة واقحام للعوامل النفسية في اعمال بطبيعتها لا تعطي اهمية للارادة نحو تحقيق الاثار القانونية للعمل الاجرائي ، ويمكن ان نخلص بنتيجة نسلم فيها بدور السبب في مفهومه الموضوعي كعنصر من عناصر العمل الاجرائي •

المبحث الثاني
الشكل في الإجراء الجزائي

استعرضنا في المبحث الاول مقومات الإجراء الجزائي الموضوعية ، من اهلية وارادة ومحل وسبب بالاضافة الى اطراف الرابطة الاجرائية • ونبين في هذا المبحث الشق الآخر من هذه العناصر ، وهو عنصر الشكل في الإجراء الجزائي •

ولكي يولد الاجراء سليما لا يكفي ان تتوافر فيه مقوماته الموضوعية ، بل لا بد ان يخرج بالشكل الذي اراده له المشرع ، وان تتوافر فيه مجموعة من الشروط الشكلية اللازمة لصحته • والواقع ان الشروط المفروضة لصحة الإجراء اغلبها شكلية ، وان خاصية الشكل ليست صماء ، بل انها واعية وترتبط بالغاية التي يسعى المشرع لبلوغها من وراء تقرير الشكل • وبناء على ذلك فقد يبقى الإجراء صحيحا فاعلا بالرغم من مخالفته لاحد الشروط الشكلية اذا تحققت الغاية من هذه الشروط •

والعمل القانوني ايا كان ليس الا حركة او تعبيرا في العالم الخارجي •وبغير التعبير عنه واخراجه الى حيز الوجود لا يمكن الحديث عن أي عمل[١].

ويقصد بالشكل الاجرائي ؛ كافة الشروط المتعلقة بمكان او زمان او وسيلة التعبير عن العمل الاجرائي كما يتطلبه المشرع•

واذا كان الاصل في التصرفات القانونية هو مبدا حرية الشكل والتعبير عن الارادة بالوسيلة المناسبة ، وان الشكل فيها هو الاستثناء ، فان الامر على خلاف ذلك بالنسبة للاعمال الاجرائية • فالمبدا العام هو قانونية الشكل وان كانت هذه الاشكال ليست على

---

(١) د • عبد الحكم فودة ،البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص١٩ ، فالمشرع قد يتدخل لبحدد الوسيلة التي تتم بها الواقعة حيث يقال في مثل هذه الحالة بان العمل الاجرائي عمل شكلي •والشكلية مقررة كشرط صحة لا كشرط اثبات • بمعنى انه اذا خلا الإجراء من بيان معين فلا يجوز اكماله بطريقة اخرى عن طريق الشهود وغيرهم • انظر د • فتحي والي ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص١٥٩

درجة واحدة فمنها ما هو اساسي او جوهري ومنها ما يوجد من اجل تحقيق مصالح ثانوية بقصد التوجيه والارشاد وهي الاشكال غير الجوهرية او الثانوية ٠

وفي ضوء تعدد وتنوع الشروط الشكلية المطلوبة لكل عمل من الاعمال الاجرائية وصعوبة تحديد ما هو جوهري منها وما هوغير جوهري ، برزت الحاجة الى محاولة رد هذه الاشكال الى طوائف معينة مع البحث عن معيار يمكن من خلاله التعرف الى الشكل الجوهري الذي يترتب على مخالفته بطلان الاجراء الجزائي من الشكل غير الجوهري الذي غايته التوجيه والارشاد ، ولا يترتب على مخالفته اي جزاء اجرائي ٠

ولاهمية معيار الغاية ، ولكون المشرع الاردني قد أخذ به ،عندما أضاف النصوص المتعلقة بالبطلان الى قانون اصول المحاكمات الجزائية ، فانني ساخصص مطلبا مستقلا لهذا المعيار بعد ان استعراض المعايير الاخرى ٠

وتاسيسا على ما تقدم يمكن تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الاول : ماهية الاشكال الاجرائية

المطلب الثاني :التمييز بين الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية

المطلب الثالث :معايير التمييز بين الاشكال الجوهرية والاشكال غير الجوهرية

المطلب الرابع : معيار الغاية

المطلب الاول

ماهية الاشكال الاجرائية

للشكل في الاجراءات الجزائية دور هام وبارز ، فهو يهدف الى تنظيم سير اجراءات الخصومة الجنائية ، والحيلولة دون التسرع في خطوات الدعوى الجزائية تحقيقا للعدالة ، فالمصلحة الاجتماعية تتعلق بامرين : الاول معاقبة المتهم عن الجريمة التي ارتكبها والاخر ضمان الحرية الفردية ،فاذا كانت الخصومة تهدف الى الهيمنة على هذه المصلحة، فان للشكلية دور رئيس في تحقيق المصلحة العامة عن طريق معاقبة المتهم ، مع ضمان حريتة [١].

واذا كان القانون ينظم شكلية الاجراءات المختلفة ولا يعترف بالاجراء الذي يصدر مخالفا للنموذج الذي رسمه له ، فان هذه الشكلية لم تعد – كما كانت في السابق – شكلية جامدة ، بل غدت متطورة مرنة ، تتصف بالقوة والبساطة بحيث تتحقق بها الضمانات السابقة ، ولا تعد اداة تعيق النشاط الاجرائي في الخصومة[٢].

---

[١] د ٠ لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص٣٦٧، د ٠ سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٤٠٥

[٢] د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص١٨٦ ٠ لذلك فان العمل يكون شكليا ولو كانت هناك حرية في الاختيار بين وسيلتين او اكثر ٠ وتختلف الشكلية جمودة ومرونة من عمل الى اخر فقد يحيط المشرع بعض الاجراءات بشكليات صارمة في حين نجده لا يتبع=

ويجب عدم الخلط بين الشكل والعمل الاجرائي ، فاذا كان العمل الاجرائي عملا شكليا وياخذ الشكل فيه دورا هاما فان العمل الاجرائي نفسه لا يعتبر شكليا ، ومن الخطا القول بان الاعمال الاجرائية ما هي الا اشكال بحجة ان موضوعها هو تطبيق للقانون الموضوعي .فالشكل عنصر من عناصر العمل الاجرائي ، والاعمال الاجرائية تكون الخصومة ولكنها بالتاكيد ليست اشكالا لها (١).

وبالرغم من الاهمية التي تحظى بها الشكلية وما تحققه من ضمانات مختلفة ، فقد قيل بانها تحول دون سرعة الوصول الى الهدف من الخصومة . وانها تؤدي الى ان يفقد الخصوم حقوقهم لمجرد عدم انتباههم لقواعد الشكل ، مما يتعارض مع مقتضيات العدالة في ظل نظام قانوني متطور ، فضلا عن انها تفتح المجال للمتهم للافلات من العقاب او التاخير في توقيع العقاب عليه (٢).

والواقع ان هذا النقد قد يصلح في حالة الاسراف او المبالغة في الشكلية ، اما حين يؤخذ بها في حدودها المعقولة فانها ستؤدي الى بلوغ الغاية التي ارادها منها المشرع من، تحقيق للعدالة وعدم تعسف من قبل اطراف الدعوى اثناء ممارستهم للاجراءات الجزائية المختلفة .

ويتبع – عادة – في تحديد الاشكال الاجرائية احد الطرق التالية : فاما ان يؤخذ بمبدا شرعية الاشكال الاجرائية بحيث يتولى المشرع تحديد هذه الاشكال ، ولا يملك القاضي حيالها أي سلطة تقديرية . واما ان يؤخذ بمبدا حرية الاشكال بحيث يستطيع القاضي تقدير اهمية وجدوى الشكل دون تحديد مسبق من المشرع .

وهنالك طريقة ثالثة تتوسط بين الطريقتين السابقين تتبنى مبدا المرونة الاجرائية الذي يعتمد على دور المشرع في تحديد الاشكال الاجرائية من جانب ، وبنفس الوقت يعطي سلطة للقاضي بعدم التقيد بهذا الشكل الا اذا اطمئن اليه ووثق باهميته في النظام القانوني(٣).

وتتحقق الشكلية الاجرائية على صورتين : ثابتة واخرى متحركة .ويكون الشكل الثابت على هيئة ورقة او بيان مكتوب في السند المثبت للنشاط الاجرائي كالاحكام

مثل هذا الاسلوب في اجراءات اخرى . وعلى العموم يبدو ان الشكليات الواردة في القوانين الاجرائية ليست سواء وان الشكليات المنصوص عليها في قانون الاصول الجزائية اقل صرامة من تلك الشكليات المنصوص عليها في قوانين الاجراءات المدنية

(١) د . احمد فتحي سرور،المرجع السابق ، ص٢٢٣

(٢) د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص١٧٥ – ١٧٦

(٣) د . احمد فتحي سرور ،المرجع السابق ، ص٢٢٥

والقرارات والاوامر الصادرة عن المحكمة وسلطة التحقيق الابتدائي • في حين يتم الشكل الاجرائي بصورته المتحركة في المظهر الخارجي غير المكتوب ، كالعلانية في الجلسات ، وحضور المتهم اثناء التفتيش او مكان تقديم استدعاء الطعن (قلم كتاب المحكمة) • وتسود جميع اجراءات المحاكمات اربعة اشكال هي : العلانية وحضور الخصوم وشفوية المرافعات والكتابة[١].

والواقع ان اشكال الاجراء الجزائي عديدة ومتنوعة ، وهي تسود مرحلتي الدعوى ولا يمكن حصرها ، لانها تختلف باختلاف الإجراء الإجراء نفسه •الا ان ذلك لا يمنع من رد هذه الاشكال الى طوائف معينة ، قد تتمثل في مواعيد معينة يتوقف صحة مباشرة العمل الاجرائي على الالتزام بها • كمواعيد الطعن بالاحكام • فاذا قدم الطعن بعد فوات المدة المحددة قانونا لم ينتج الإجراء اثره القانوني •او قد يتطلب المشرع ان يتم اتخاذ اجراء معين ضمن مدة معينة [٢]. وقد يتمثل الشكل في تعليق صحة العمل الاجرائي على افراغه في قالب او شكل محدد سلفا من قبل المشرع • كوجوب اجراء المحاكمة علنا او شفاهة ، ووجوب تحليف الشاهد اليمين القانونية وبيان تاريخ الحكم ووجوب تسبيب الاحكام وتدوين الاجراءات وحضور الخصوم •

من جهة اخرى قد يتطلب المشرع استبعاد " شكل " معين يؤدي وجوده الى اعاقة الإجراء في انتاج اثاره القانونية فيما لو كان هذا الشكل غير موجود • فصحة اجراءات المحاكمة والحكم تقتضي استبعاد القاضي الذي سبق له الاشتراك في التحقيق بهذه الدعوى او اصدار حكما فيها • ويبطل الاعتراف الصادر عن المتهم اذا صدر بناء على غش او عنف او سبق تحليف المتهم اليمين •

وتجدر الاشارة الى وجود شكل عام يشترط توافره في جميع الاعمال الاجرائية وهو اللغة العربية •ولا يقلل من قيمة هذا الشكل خروج المشرع على هذه القاعدة في بعض

---

[١] د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٢٣٥

[٢] كالمدة المنصوص عليها في المادة ١١٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية بوجوب استجواب المشتكى عليه المطلوب بمذكرة احضار الى المدعي العام خلال اربع وعشرين ساعة من وضعه في النظارة ، او تلك المواعيد التي يتعين على المدعي العام الالتزام بها فيما يتعلق بمدة التوقيف وذلك حسب التعديل الجديد بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ ، انظر المادة ١١٤ من نفس القانون • ومن الامثلة المنصوص عليها فيما يتعلق بالمدد في القانون المصري وجوب التوقيع على الحكم الصادر بالادانة خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، انظر المادة ٣١٢ من قانون الاجراءات المصري •ولا يوجد حكم شبيه لهذا النص في القانون الاردني •

الاحيان عندما يجيز للمحكمة الاستماع الى الشهود الذين لا يحسنون التكلم اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين[١] .

واخيرا ، فالاصل في الإجراءات انها بوشرت صحيحة ٠ فقد نصت على هذه القاعدة المادة ٣٠ من القانون الخاص باجراءات الطعن امام محكمة النقض المصرية[٢]. ولمن يدعي خلاف ذلك ان يثبت بكافة طرق الاثبات ان الإجراء قد خالف القانون اذا لم يذكر في محاضر الجلسات او الحكم ٠ لان خلو المحاضر من ذكر الإجراء يعني انه لم يحصل ولم يباشر الا اذا ورد في الحكم باعتباره مكملا لمحاضر الجلسات ٠ اما اذا ثبت ان الإجراء قد بوشر فيفترض انه قد صدر صحيحا مستوفيا للشكل والشروط الموضوعية المطلوبة منه ٠ ولا يجوز اثبات خلاف ذلك الا عن طريق الادعاء بالتزوير[٣]

المطلب الثاني

التمييز بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري

يحظى موضوع التمييز بين الشكل الجوهري من الشكل غير الجوهري في مجال البطلان باهمية خاصة ، ويشكل أحد محاوره الرئيسية ٠ فغالبية التشريعات الاجرائية تترك امر تحديد المقصود بالشكل الجوهري الى الفقه والقضاء ٠ وفيهما تتضارب الاراء ويصعب الوصول الى حلول حاسمة .[٤]

وفي ضوء ما سبق كانت الحاجة ماسة للبحث عن معيار منضبط ، يمكن من خلاله التمييز بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري ٠ وقبل الحديث عن هذا المعيار يمكن استعراض الاراء والافكار التي تناولت موضوع الاشكال الجوهرية ، وذلك على النحو الاتي :

الرأي الاول : الرأي المنكر لوجود التفرقة بين الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية

يرى جانب من الفقه ان الاصل في جميع القواعد المنصوص عليها في قانون الاجراءات الجنائية قد وجدت لهدف نهائي ، وهو تحقيق العدالة بين افراد المجتمع .فلا يوجد في قواعد هذا القانون ما هو مدعاة للعبث ، وانما وجدت جميعها من اجل التطبيق

---

[١] نصت المادة ٤٢/ ١ من قانون السلطة القضائية المصري على ان لغة المحاكم هي اللغة العربية ، وانظر المادة ١٧٣ /١ من قانون الاجراءات الجنائية الايطالي التي توجب مباشرة جميع اجراءات الخصومة الجنائية باللغة الايطالية والا كانت باطلة ، ولا يوجد نص مقابل لمثل هذه النصوص في القانون الاردني سوى ما ورد في المادة من الدستور من ان اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد ٠

[٢] هذه قاعدة عامة يمكن الاخذ بها في القوانين التي لم يرد بها نص مشابه كالقانون الاردني ٠

[٣] د ٠ عبد الحميد الشواربي ، البطلان الجنائي ، المرجع السابق ، ص٤٩

[٤] د٠ مامون سلامه ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧

(١) ويترتب على ذلك اعتبار جميع قواعد قانون الاجراءات الجنائية قواعد جوهرية يترتب على مخالفتها البطلان .(٢)

لا يخلو هذا الرأي من النقد ، وذلك في افراطه في تقدير جوهرية قواعد الاجراءات الجنائية ، والارتقاء بقواعد وضعها المشرع لغايات تنظيمية وارشادية ، وليس الهدف من وضعها الا حث متخذ الإجراء على مراعاتها .

الرأي الثاني : الرأي الذي يفرق بين الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية

يرى غالبية الفقهاء ضرورة التمييز بين الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية ، بحيث يترتب البطلان – فقط – في حالة مخالفة الإجراء للاشكال الجوهرية .

وفي نطاق هذا الرأي يذهب جانب من الفقه الى القول ؛ بان الاشكال الجوهرية هي التي تنطوي على ضمانات لا غنى عنها لحماية حقوق الدفاع . ويعيب هذا الرأي انه يقصر الاشكال الجوهرية على حقوق الدفاع ، مع انها لا تمثل سوى جانب واحد من ضمانات الخصومة الجنائية .(٣)

في حين يرى جانب آخر من الفقه ، بان الإجراء الجوهري هو ما يقصد به حماية مصلحة معينة للخصم . وتبعا لذلك يكون من حقه ان ينزل عن الدفع ببطلان الإجراء عند حصول المخالفة .

ويعيب هذا الرأي اغفاله للشكل المتعلق بالنظام العام ، فالشكل كما يهدف الى حماية الإجراء المتعلق بمصلحة الخصوم فانه يحمي الإجراء المتعلق بالنظام العام ، فضلا عن انه ليست جميع الشكليات المتعلقة بمصلحة الخصوم تعد من الاشكال الجوهرية . (٤)

وذهب رأي آخر الى القول ؛ بان الشكل الجوهري هو ذلك الشكل المتعلق بالنظام العام ، حيث يربط هذا الرأي بين فكرة النظام العام والشكل الجوهري ويهمل الاجراءات الاخرى المتعلقة بمصالح الخصوم ، وان التمييز بين الشكل الجوهري من غير الجوهري ينحصر في التفرقة بين الصحة والبطلان لا بين البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم .

---

(١) د. حسن المرصفاوي ، المرصفاوي في اصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٧٣٩ ، د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص ٥٠

(٢) الا ان الدكتور حسن المرصفاوي يعود ليفرق بين نوعين من الاجراءات ، نوع يقصد به مصلحة المجتمع في تحقيق العدالة ، ويسميها بالاجراءات المتعلقة بمصلحة المجتمع ، واجراءات تتعلق بمصلحة الخصوم . حيث يترتب على هذه التفرقة انعدام الإجراء المخالف للنوع الاول من الاجراءات ، وبطلان الإجراء المخالف للنوع الثاني . وتبقى المشكلة قائمة في تحديد معيار التفرقة بين النوعين من هذه الاجراءات .

(٣) د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦

(٤) د. حسن المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص ٧٣٢

المطلب الثالث

معايير التمييز بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري

تنص المادة ١/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على ما يلي " يكون الإجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه او شابه عيب جوهـري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء " (١)

يتضح من خلال النص السابق ان المشرع الاردني قد حسم امره في تبنيه لمعيار الغاية للتمييز بين الشكل الجوهري من الشكل غير الجوهري · ولكن هل هذا المعيار هو المعيار الوحيد الذي تم الاخذ به في مجال الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة ؟

لا شك ان هذه المعايير قد تعددت في هذا المجال ، وكنا قد استعرضنا – في المطلب المخصص لبحث معايير التفرقة بين البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم – عددا من تلك المعايير ، ويمكن بيان بعضها بشكل سريع ، وعلى النحو التالي :

اولا : معيار المصلحة العامة او (النظام العام) · كل قاعدة تتعلق بالنظام العام او المصلحة العامة تعد قاعدة جوهرية · ومن هذه القواعد تلك المتعلقة بتنظيم السلطات القضائية ، وصلاحيات كل منها ، والشروط الواجبة اصلا لصحة اعمالها ، وتامين ضمانات الدفاع اثناء سير الدعوى · فكل اجراء يخالف هذه القواعد يعتبر باطلا اما اذا كانت القواعد تتعلق بمصلحة الخصوم فان لا يلحق بها البطلان ·

ويؤخذ على هذا المعيار الذي يرى بالمصلحة العامة معيارا وحيدا ما يلي :

١- صعوبة تحديد فكرة المصلحة العامة في الخصومة الجزائية التي يفترض فيها تحقيق التوازن ما بين مصلحة المجتمع من جانب ، ومصالح الافراد من جانب آخر ، فضلا عن ان هذه الفكرة يكتنفها اللبس والغموض ·

٢- قصور هذا المعيار ، فهو يقصر الاشكال الجوهرية على القواعد المتعلقة بالمصلحة العامة دون مصالح الافراد ، والثابت ان هنالك قواعد تتعلق بمصالح الافراد ويترتب على مخالفتها البطلان ·

ثانيا : معيار حقوق الدفاع · تلتزم المحكمة وفق هذا المعيار بترتيب البطلان على مخالفة أي اجراء يمس حقا من حقوق الدفاع الجوهرية ، وبخلاف ذلك يبقى الإجراء صحيحا منتجا لاثاره · وعلى اهمية مراعاة حقوق الدفاع فانها ليست جميعا على قدر واحد من الاهمية ،

---

(١) يقابل هذا النص المادة ١/٢٠ من قانون المرافعات المصري ، واضافت الفقرة الثانية من هذه المادة الحكم التالي ، لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ·

فمنها ما لا يعد من الحقوق الجوهرية ، وبالتالي فان مخالفتها لا ترتب البطلان ٠ وبالنتيجة فان الاخذ بهذا المعيار منفردا في مجال التمييز بين الاشكال الجوهرية من الاشكال غير الجوهرية لا يمكن التعويل عليه لما يكتنفه من قصور ٠

ثالثا : هنالك من يرى ان معيار البطلان الجوهري يكمن في الضرر [١] استنادا الى ان جميع الاشكال المنصوص عليها في القانون تعتبر اشكالا مهمة ، ويؤدي تخلف الشكل الى البطلان او لا يؤدي اليه حسب تحقق الغاية منه ، على الرغم من تخلفه في كل حالة على حدة ، فالضرر يعني تخلف وظيفة الشكل ٠ [٢]

ويعيب هذا الراي انه يعتبر الاشكال قلقة النوع ، فتارة تكون جوهرية اذا لم تحقق الغاية منها في دعوى معينة ، وتارة اخرى تكون غير جوهرية اذا تحققت الغاية منها في دعوى اخرى وهو ما يتنافى مع قصد المشرع الذي تكمن ارادته في النص على البطلان عند مخالفتها ٠ بالاضافة الى ان قواعد البطلان باعتبارها تنظم عنصر الجزاء في الاعمال الاجرائية ينبغي ان تكون حاسمة محددة لا تختلف باختلاف ظروف كل دعوى٠ فضلا عن أن الاشكال الاجرائية تقوم بوظيفة عامة في الخصومة اما للمصلحة العامة او لمصلحة الخصوم ، اما تعليق البطلان على توافر الضرر فانه يؤدي الى ان تفقد الاشكال اهميتها ٠

رابعا : هنالك من يجمع بين خصائص مختلفة للشكل الجوهري ، ويعتبرها نماذج هذا الشكل معيارا له ٠ وهي : الشكل اللازم لتمييز العمل الذي بتخلفه يعتبر العمل غير موجود والشكل اللازم لتمييز العمل عن غيره ، أي الشكل الذي يعطي العمل صفته المميزة وطبيعته الخاصة ٠ والشكل المتعلق بالنظام العام ، والشكل الضروري لصحة العمل والشكل اللازم لتحقيق الغاية من العمل ٠ واخيرا الشكل الذي يترتب على تخلفه ضرر للخصم ٠[٣]

خامسا : معيار الصيغة التي يرد بها الإجراء ٠

اشارت الى هذا المعيار محكمة التمييز في اكثر من قرار ٠[٤] وقد تم انتقاد هذا المعيار سابقا ، لان الصيغة الآمرة ما هي الا وسيلة من وسائل المشرع التي يستخدمها في

---

[١] د٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥

[٢] اخضع المشرع الفرنسي جميع حالات البطلان بشرط الضرر بموجب القانون المعدل لقانون الاجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٥ باستثناء حالة الاتهام المتأخر غير المشمولة بشرط الضرر ٠ د٠ احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٥٣٥

[٣] د٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٣٧٧

[٤] بالاضافة الى القرارات التي سبقت الاشارة اليها هنالك قرار حديث اشار الى هذا المعيار ٠ جاء فيه ، ذهب الاجتهاد الى ان البطلان لا يترتب في الاصول الا عند اغفال اجراء نص عليه القانون او ورد النص على اجرائه بصيغة الوجوب على اعتبار انه اجراء جوهري ٠ تمييز جزاء ٦٩٠/ ٢٠٠٠ ، المجلة القضائية ، لسنة ٢٠٠٠ ، تاريخ ٢٠٠٠/٨/٧

التعبير عن مواطن البطلان ، لكنها ليست الصيغة الوحيدة في هذا المجال ، فضلا عن انه قد يستعمل الصيغة الامرة في بعض الحالات ولا يترتب على هذه المخالفة البطلان . [١]

المطلب الرابع

معيار الغاية

بالرجوع الى نص المادة ١/٧ المشار اليها سابقا نجد ان المشرع قد جمع بين مذهبي البطلان الذاتي والبطلان القانوني . واذا كان الاخير لا يثير – بوجه عام – أي لبس فان الامر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالبطلان الذاتي الذي يحتاج الى معيار يحدد بمقتضاه الاحوال التي يتقرر فيها البطلان .

اذا يلزم – بداية – التقرير بان مناط تطبيق المعايير السابقة لا يكون في الحالات التي ينص المشرع فيها على البطلان صراحة ، حيث يغني المشرع القاضي في هذه الحالات مؤونة البحث عن أي معيار ، ويفترض ان القواعد التي تمت مخالفتها جوهرية .

كما ان هذا المعيار لا يجد مجاله الا ضمن نطاق الاجراءات الجوهرية . فاذا كان الإجراء غير جوهري والغاية منه مجرد الارشاد والتوجيه فلا يترتب البطلان لمخالفته القواعد التي صدر بناء عليها .

ولمزيد من التوضيح ، يمكن القول ، بانه لا بد من بيان الفرق اولا بين الإجراء غير الجوهري والاجراء الجوهري ، وفي نطاق الاخير نستطيع التمييز بين الاشكال الجوهرية والاشكال غير الجوهرية .

فالمشرع ينظم اجراءات الخصومة الجنائية من اجل الوصول الى محاكمة عادلة تتوافر فيها الضمانات الواجبة لحماية المصلحة العامة ومصالح الخصوم على حد سواء .وفي اطار الهدف السابق قد ينص على اجراءات اخرى اقل اهمية لمجرد الارشاد والتوجيه والاشارة لمتخذ الإجراء الى الطريقة المثلى في ممارسة الاجرأءات المختلفة [٢]

نخلص مما سبق ، انه اذا لم تتوقف ارادة المشرع او الغاية التي سعى لتحقيقها حتما على مباشرة اجراء معين ، وامكن تحقيقها من خلال اعمال ثانوية اخرى كان العمل غير جوهري . ويعرف الإجراء الجوهري ، بانه العمل الذي يوجب القانون مراعاته ويترتب على مخالفته عدم تحقق الغاية منه في المجرى العادي للخصومة .[٣] والمقصودة بالخصومة في هذا المجال ، هي الخصومة بصورتها الموضوعية المجردة دون الاخذ بعين

---

[١] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ١٩

[٢] د. لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦

[٣] د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩

الاعتبار الظروف التي تحيط بكل قضية على حدة . [١] فتبليغ المتهم بالجلسة عمل جوهري الغاية منه احاطته علما بالتهمة المنسوبة اليه ليتمكن من اعداد دفاعه في الدعوى . وهذه الغاية لا تتحقق بالمجرى العادي المجرد للخصومة الا بهذا الإجراء . وان امكن تحقيقها في ظروف معينة ، كتوجه المتهم الى المحكمة ومعرفته بالموعد ، او ان يعلم بالموعد عن طريق احد اصدقائه او عن أي طريق آخر . وبذلك يعد اجراء التبليغ اجراء جوهريا .

اما اذا كانت الغاية من الإجراء – وفق المجرى العادي للامور – لا تتوقف على مباشرة هذا العمل ، فيعد عملا غير جوهري . مثال ذلك ، عدم مراعاة ترتيب الاجراءات في الدعوى او عدم تلاوة قرار الاتهام ولائحة الاتهام وعدم تلخيص الدعوى او الاجراءات المتعلقة في تحريز المضبوطات ، فهذه الاجراءات لا يترتب على عدم مراعاتها البطلان .

وفي تعريفه للاجراء الجوهري يرى جانب من الفقه [٢] انه قصد به مصلحة معينة للخصم وتبعا لذلك يمكن النزول عنه . وهو في هذه الحالة يرى ان الاجراءات المتعلقة بالنظام العام تعود الى قواعد جوهرية بطبيعتها . والواقع ان الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى اعتبار جميع الاجراءات جوهرية طالما انها تنقسم الى اجراءات متعلقة بالنظام العام واجراءات متعلقة بمصالح الخصوم .

بعد ان بينا الفرق بين الإجراء الجوهري والاجراء غير الجوهري ، ننتقل الان الى التمييز بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري في اطار الإجراء الجوهري .

يكاد يجمع الفقهاء على ان المقصود بعبارة المشرع " الغاية من الإجراء " هو الغاية من الشكل ، والحديث عن الشكل الجوهري او غير الجوهري لا يتم الا في اطار الإجراء الجوهري .[٣]

وللتفرقة السابقة اهميتها في اطار معيار الغاية الذي اخذ به المشرع الاردني وياخذ به اغلب الفقه . فقد تتحقق الغاية من الإجراء ومع ذلك يبقى متسما بالبطلان لعدم تحقق الغاية المقصودة من الشكل . ومثال ذلك الإجراء المتعلق بتبليغ المتهم ، فهو إجراء يهدف الى تحقيق غاية معينة وهي اعلام المعلن اليه بأمر معين ، ولكن قد تتحقق هذه الغاية من الإجراء بوسيلة اخرى ، كأن يعلم المتهم بموعد الجلسة او الإجراء المراد تبليغه اليه عن طريق صديق له او حضوره الى المحكمة مصادفة ، وما الى ذلك من وسائل .

---

(١) د. نبيل عمرو ، عدم فعالية الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١٤٨

(٢) د. حسن المرصفاوي ، اصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥١٣

(٣) د. وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص ، د. نبيل عمرو ، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ ، د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ ،

ولا يقلل من اهمية الرأي السابق كون معظم اشكال العمل الاجرائي تهدف الى نفس الغاية التي يهدف اليها الإجراء نفسه ، بحيث يعتبر تحقق الغاية من الإجراء في نفس الوقت تحقيقا للغاية من الشكل . [١]

ويتحدد المقصود بالغاية من الشكل على اساس الغاية الموضوعية وليست الغاية الشخصية لمتخذ الإجراء . فينظر الى الغاية الموضوعية للشكل من خلال الوظيفة الاجرائية التي حددها المشرع له مجردا عن الظروف التي قد تحيط به في دعوى معينة ، وبغض النظر عن الواقعة المعروضة .

وفي ضوء ذلك يتم التمييز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري عند الاجابة عن السؤال التالي : هل الغاية من الشكل لاتتحقق الا بوجوده ؟ فان كان الجواب بالايجاب عُد الشكل جوهريا. وبالنتيجة فان تحديد الشكلية الجوهرية من غير الجوهرية يبينها المشرع مسبقا ولا تتوقف على ظروف كل دعوى او حتى على تقدير القاضي . والمشرع وحده الذي يتولى بيان الاشكال الجوهرية للعمل الاجرائي من اجل تحقيق غايات معينة او الاشكال غير جوهرية .

ففي المثال السابق – حالة تبليغ المتهم – يعد تاريخ موعد الجلسة او الموعد المطلوب من المتهم المثول فيه امام الجهات القضائية ، شكلا جوهريا الغاية منه احاطة المتهم علما بيوم المحاكمة او الموعد المطلوب ان يمثل فيه امام القضاء ، وهذه الغاية لايمكن تحقيقها الا بشمول التبليغ على هذا البيان دون عبرة بامكانية واقعة العلم بوسيلة اخرى. كما ان تحليف الشاهد اليمين الغاية منه حمله على قول الصدق وبعث الاطمئنان في هذه الشهادة ولا تتحقق هذه الغاية الا بالشكل الذي نص عليه القانون وهو حلف اليمين دون عبرة بمدى امكانية تحقق القاضي من صدق الشاهد بطريقة اخرى .

وهنالك اشكال جوهرية لا يتصور تحقق الغاية منها بغيرِ وجودها ، كتوقيع القاضي على الحكم ، وتوقيع المُحضر على ورقة التبليغ ، وتسبيب الاحكام وعلانية الجلسات . واذا كان الشكل هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية منه .

ولا تحدد التشريعات الاجرائية – غالبا– المقصود بالغاية من الإجراء . هل هي الغاية من الشكل ام لا ؟ فكلمة الإجراء تستخدم احيانا بمعنى العمل الاجرائي ، أي ؛ عمل قانوني يكون جزءا من الخصومة الجنائية . ويستخدم احيانا أخرى بمعنى الشكل ، أي

---

[١] د. فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٣

كيفية القيام بالعمل ، مما ترتب على ذلك خلط واضح بينهما ، في حين ان الشكل ليس الا عنصرا من عناصر الإجراء .[١]

والواقع انه بالرغم من ان جانبا من الفقه حاول التمييز بين فكرة هذا المعيار في القانون الاجرائي المدني وفكرته في القانون الاجرائي الجزائي ، بحيث تختلف الغاية من الشكل في القانون المدني باختلاف الدور الوظيفي للقاعدة الاجرائية المدنية ، فيما تعد الغاية من الشكل الاجرائي في القانون الجنائي واحدة لا تتغير ؛ فهي في كافة الاحوال تكشف الحقيقة الواقعية في امر الجرم الواقع ، ومدى التحقق من نسبتة للمتهم[٢].

بالرغم من ذلك كله ، فان الفقه لم يحسم مسالة الضابط في التمييز بين الشكل الجوهري من غير الجوهري في نطاق الاجراءات الجزائية . فالقول بان المخالفة التي تؤدي الى هدر او اعاقة او تعطيل سير العدالة تؤدي الى عدم تحقيق الغاية من الإجراء ، وبالتالي امكانية تقرير بطلانه ، قول يحتاج الى بيان وتوضيح ، بالاضافة الى ايجاد ضوابط تحكم هذا المعيار على نحو تجعل منه معيارا مفضلا .

ان اول هذه الضوابط هو ان لا يؤدي الشكل الذي تمت مخالفته الى اهدار لحقوق الدفاع. فاذا مست الاشكال التي تمت مخالفتها حقا من حقوق الدفاع ، اصبحت مهددة بالوقوع في شرك البطلان بالرغم من تحقق الغاية منها .

فمثلا عدم حضور محام عن المتهم في الجرائم التي يستلزم وجود مثل هذا المدافع لا يعني حتما فوات الغاية من اجراءات المحاكمة . الا ان عدم وجود محام ينتقص من الضمانات الاساسية للمتهم ، فيؤدي ذلك الى ابطال اجراءات المحاكمة والحكم الذي يشكل ثمرة لهذه الاجراءات . وكذلك الامر فان خلو قرار الاتهام او لائحة الاتهام من بعض البيانات ، كبيان الفعل المسند للمتهم ووصفه القانوني لا يعتبر مخالفة تؤدي الى فوات الغاية من الشكل ، ومع ذلك فان مثل هذه الاجراءات تعد قابلة للابطال لمساسها بحق الدفاع ، فمن حق المتهم معرفة التهمة المسندة اليه لكي يستطيع ان يحضر دفاعه[٣].

وهنالك ضابط اخر من ضوابط معيار الغاية ، وهو مدى تحقق الضرر لمن يتمسك بالبطلان . فليست كل مخالفة للشكل الاجرائي تفضي الى البطلان ، بل يتحقق القاضي من

---

[١] لمزيد من التوضيح يمكن القول ان الغاية من الإجراء تختلف عن الغاية من الشكل . فالاولى تهدف الى توصيل مضمون العمل الاجرائي الى الخصم الاخر ، وتحقيق هذا الإجراء من الناحية الموضوعية . اما الغاية من الشكل فهي الضمان الاساسي المقرر لمصلحة من يوجه اليه الإجراء ، والغاية من الإجراء يمكن تحقيقها دون اتباع الشكل المحدد في القانون . اما الغاية من الشكل فلا تتحقق الا باتباع الشكل المحدد قانونا . د. احمد هندي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ ، د. نبيل عمرو ، المرجع السابق ، ص ١٥٠

[٢] د . سليمان عبد المنعم ، بطلان الإجراء الجزائي ، المرجع السابق ،ص٢٣٧

[٣] د . سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص٢٣٨

حصول الضرر نتيجة لهذه المخالفة. واذا كان الضابط السابق يراعي حقوق الخصوم فان هذا الضابط يراعي مصلحة المجتمع حيث لا حاجة الى البطلان ان لم يتحقق الضرر .

ان ضابط الضرر هنا ليس ما هو وارد في التشريعات التي تاخذ بمذهب لا بطلان بدون ضرر ، كالتشريع الفرنسي ، وانما الغاية من هذا الضابط هي الحد من هذا المعيار ، لان الهدف الاساسي لكافة الاشكال الاجرائية الجزائية هي كفالة حسن سير العدالة . ومثل هذا الهدف لا يتحقق باعتماد معيار الغاية دون الاخذ بالضوابط السابقة [١].

فمثلا ، عدم توقيع القاضي على احد صفحات المحضر وان كان فيه مساس بحُسن سير العدالة لكنه لا يترتب عليه ضرر باحد الخصـــوم ، وبالتالي فلا يترتب البطلان على هذه المخالفة ، لكن عدم توقيع القاضي على الحكم يشكل ضررا بالمحكوم عليه وبالتالي يترتب عليه البطلان[٢]

وتجدر الاشارة ان معيار الغاية قد وجد مجاله في تشريعات الاجراءات المدنية اولا ثم انتقل الى الاجراءات الجزائية .[٣] ولهذا المعيار شقان ، الاول بطلان الإجراء غير المنصوص على بطلانه اذا شابه عيب جوهري لم تتحقق الغاية منه ، والآخر عدم تقرير البطلان بالرغم من النص على بطلانه اذا تحققت الغاية من الشكل الاجرائي [٤] .

فهنالك حالات لا يجوز فيها الاستناد الى معيار الغاية لاعمال جزاء البطلان ، بمعنى انه قد يحقق الاجراء او الشكل الغاية المقصودة منه وبالرغم من ذلك يبقى باطلا . فمثلا اذا كان الإجراء معدوما ، فانه لا يجدي للمتمسك بصحته اثبات ان الغاية قد تحققت منه .

---

[١] اذا ضابط الضرر هنا ليس بمفهومه الواسع الذي اخذ به المشرع الفرنسي ، بدلا من معيار الغاية ، بحيث لا يترتب البطلان الا اذا حصل ضرر للخصم الذي يتمسك ببطلان الإجراء ، حتى لو نص المشرع على بطلانه ، وانما المقصود من ضابط الضرر هنا الحد من معيار الغاية . وهذا الضابط لا يعمل به الا في نطاق الإجراء الجوهري . أي انه في حال النص على البطلان لا نبحث عن وقوع ضرر من عدمه ، فالفرض في هذه الحالة ان المشرع قد حسم مسألة تقرير البطلان .

يبدو ان محكمة التمييز لم تأخذ بهذا المفهوم وانما ورد في قرار حديث لها صدر بتاريخ ٢٠٠١/٤/٧ حيث حا فيه ، انه من المستقر فقها وقضاء انه لا بطلان الا بنص ولا يحكم بالبطلان رغم ورود النص عليه الا اذا ترتب ضرر على مخالفة الإجراء . ومثل هذا الحكم يحتاج الى نص يقرر ه كما فعل المشرع الفرنسي ، وليس صحيحا ان المشرع الاردني او حتى القضاء قد استقر علىالمبادئ الواردة في القرار .

[٢] د. سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩

[٣] من هذه التشريعات قانون المرافعات المصري . انظر المادة ٢٠ من هذا القانون

[٤] الامر الذي حدى بجانب كبير من الفقه الى انتقاد موقف هذه التشريعات وخاصة المشرع المصري . فبعد ان قال ان البطلان يتقرر في حالتي النص عليه وعدم تحقيق الغاية من الشكل ، عاد ليقرر ان البطلان لا يتحقق حتى ولو كان منصوصا عليه اذا لم تتحقق الغاية من الشكل . فيرتبط البطلان وجودا وعدما بمدى تحقق الغاية من الشكل . اما المشرع الاردني فقد جعل من معيار الضرر حجر الزاوية في نظرية البطلان في قانون اصول المحكمات المدنية ، حيث لا يحكم بالبطلان اذا لم يتحقق ضرر للخصم . المادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية .

فحضور المتهم جلسة المحاكمة مصادفة بالرغم من عدم تبليغه ورقة التبليغ لا يصحح هذا الاجراء بحجة تحقق الغاية منه ٠ ويعد الإجراء باطلا لتخلف احد مقتضياته الموضوعية ، كصدوره من شخص ليس أهلا لاصداره ، او عدم تضيمنه موضوعا محددا ٠

واذا تخلف الشكل وكان هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية منه ، فانه يؤدي الى بطلان الإجراء حتما دون البحث عن مدى تحقق الغاية او عدم تحققها من الإجراء ٠ ومثال ذلك توقيع المحضر على ورقة التبليغ فهو الشكل الوحيد لاسباغ صفة الرسمية عليها ٠ او توقيع القاضي على محضر المحاكمة ٠ [١]

والحقيقة انه لا بد من ربط معيار الغاية من الشكل بضوابط يمكن من خلالها تجنب الانتقادات التي يتعرض لها هذا المعيار ٠ وتتمثل هذه الضوابط بضرورة الحفاظ على حقوق الدفاع وحسن تنظيم سير العدالة ، لان الاخذ بهذا المعيار مجردا من اي قيد سيؤدي الى الاخلال بالمصلحة العامة ومصالح الخصوم على حد سواء٠

وبالرجوع الى موقف محكمة التمييز مما سبق ، نجد انه جاء في قرار صدر لها بتاريخ ٢٠٠١/٤/٧ من المستقر فقها وقضاء انه لا بطلان الا بنص ، وان لا يحكم بالبطلان رغم ورود النص عليه الا اذا ترتب ضرر على مخالفة الإجراء او القانون ، وحيث لم يترتب ضرر للمتهم من هذه المخالفـــة فلا بطلان [٢]

خالفت محكمة التمييز- في هذا القرار - ما استقر عليه اجتهادها السابق من عدم الحكم بالبطلان رغم النص عليه ، فمثل هذا التوجه من القضاء يحتاج الى نص يقرره ، وذلك كما فعل المشرع الفرنسي ٠[٣]

وربطت المحكمة بين الشكل الجوهري والضرر ، في قرار حديث غير منشور صدر بتاريخ ١٨/ ٣/٢٠٠٢ حيث جاء في احدى فقراته ٠٠٠ ان عدم اجابة محكمة الشرطة لطلب الدفاع بالتأجيل لسماع اقوال موكله الاخيرة لا يترتب عليه بطلان الاجراءات اذ لا بطلان بدون نص كما ان هذا الإجراء لا يشكل اجراء جوهريا يترتب عليه ضرر [٤].

---

[١] د٠ نبيل عمر ، عدم فعالية الاجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١٤٢

[٢] تمييز جزاء ٢٠٤ /٢٠٠١ سبقت الاشارة اليه

[٣] نص المشرع الفرنسي في المادة ٨٠٢ من قانون الاجراءات على انه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا لم ينتج عن المخالفة أي ضرر ٠ والمشرع الاردني فضلا عن انه لم يأخذ بمعيار الضرر في السابق او ظل النصوص الجديدة فانه كان واضحا في مسألة البطلان القانوني بحيث يترتب البطلان لا محالة في حال النص عليه ٠

[٤] تمييز جزاء ٢٢٢/ ٢٠٠٢ ، غير منشور ، صدر بتاريخ ١٨/ ٣/ ٢٠٠٣

حيث طبقت المحكمة هنا ضابط الضرر لكي تحكم بالبطلان ، مع الاشارة الى انها بقيت تردد مبدا لا بطلان الا بنص بشكل متواتر[١]

وأخذت المحكمة بقرارت سابقة بضابط حقوق الدفاع و حسن سير العدالة المرتبط بالبطلان المتعلق بالنظام العام . مع ان هذه الضوابط كما تتعلق بالبطلان المتصل بالنظام العام ، تتعلق كذلك بالبطلان المتصل بمصالح الخصوم .[٢]

وتجدر الاشارة ان القضاء الفرنسي استقر في ظل قانون تحقيق الجنايات على ربط فكرة الشكل الجوهري بحسن ادارة العدالة الجنائية وحقوق الدفاع .[٣] اما في ظل قانون الاجراءات الحالي فقد اختلفت مواقفه عبر المراحل الزمنية المتعددة ففي البداية اتجهه الى عدم المغالاة في الشكلية من اجل الوصول الى تحقيق العدالة بسرعة وفعالية ، والتوفيق بين حريات الافراد وضرورات توقيع العقاب[٤]. فقضت محكمة النقض ، بعدم توقيع البطلان اذا لم يوقع قاضي التحقيق على محضر استجواب المتهم[٦] او اذا لم يسبب القرارت الصادرة عنه .[٥] وعدم بطلان الحبس الاحتياطي اذا شابه بعض العيوب الشكلية .[٧]

ومنذ تعديل قانون الاجراءات الفرنسي بموجب القانون الصادر في ٦ آب ١٩٧٥أصبح معيار الضرر في جميع انواع البطلان هو المطبق تشريعا وقضاء . الى ان قصر المشرع الفرنسي شرط الضرر على البطلان الذاتي بموجب التعديل الصادر في ٤ يناير١٩٩٣[٨]

---

[١] مع الاشارة ان المحكمة قد طبقت ضابط حقوق الدفاع في قرارات قديمة منها القرار رقم ٥/ ١٩٧٢ سبقت الاشارة اليه ، بالاضافة الى مجموعة من القرارات التي وردت في نطاق بيان موقف محكمة التمييز من مسائل البطلان المختلفة نحيل اليها منعا للتكرار .

[٢] تمييز جزاء ٩٨/٣٤٩ ،المجلة القضائية ، لسنة ١٩٩٨ ، تاريخ ١٩٩٨/٦/١١ . حيث جاء في هذا القرار يترتب على رئيس المحكمة في الجرائم التي عقوبتها الاعدام او الاشغال الشاقة المؤبدة او الاعتقال المؤبد ، ان يحضر المتهم ويسأله ان قام بتوكيل محام فان لم يكن قد وكل محاميا عين له الرئيس محاميا . وحيث ان اجراءات المحاكمة تمت دون مراعاات هذا الإجراء فانها تكون باطلة ، وحيث ان هذا البطلان من النظام العام لتعلقه بحق الدفاع وحسن سير العدالة فان قرار المحكمة يكون واجب النقض . وفي قرار آخر بينت ان أي مخالفة تنصب على حقوق الدفاع الاساسية يترتب عليها البطلان ، فليس لرجل الضابطة العدلية ان يناقش المتهم في افادته تفصيلا لمخالفة ذلك لاحكام المادة ٤٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي تحصر الاستجواب بالمدعي العام . كما ان المادة ٦٣ من نفس القانون توجب تدوين الافادة من قبل المحقق . وحيث ان المخالفتين السابقتين تنصبان على حقوق اساسية للدفاع فان الافادة المنسوبة للمميزهي افادة باطلة ولا يجوز التعويل عليها . القرار رقم ٩٨/٣٦٩، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٩، ص ٣٢٣٤

[٣] يمكن الرجوع الى طائفة من القرارت الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية سبقت الاشارة اليها في المطلب المتعلق بموقف المشرع الفرنسي من مسائل البطلان المختلفة .

[٤] د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥٤٠

[٥] Crim , ١٢ Janv , ١٩٦٧ , no ٢٤

[٦] Crim , ٤ Fev ١٩٦٠, no ٦٦

[٧] Crim , ٤ Mai , ١٩٦١ ,no ٢٣٧

[٨] وفي نفس العام صدر تعديل يجعل الضرر مناطا للبطلان في نوعيه . د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ص٥٣٧

الفصل الثاني
محددات بطلان الإجراء الجزائي

تسعى التشريعات الحديثة الى الحد من اثار البطلان عن طريق حصر حالاته في اضيق نطاق ، والاخذ منه بمقدار ، دونما افراط او تفريط .

وتتعدد وسائل الحد من نطاق بطلان الإجراء الجزائي ، وتتم بطرق عدة منها : النص على بعض الجزاءات الاجرائية الاخرى كالسقوط وعدم القبول ، اوالتوسع في حالات تصحيح البطلان ، واجازة التنازل عنه او عن طريق وضع القيود المختلفة في التمسك به[١]

وتهدف وسائل ترشيد البطلان المختلفة ، الى تحقيق اعتبارات التوازن ما بين مقتضيات المصلحة العامة في معاقبة الجاني وايقاع العقاب المناسب عليه ، مع توفير الضمانات المختلفة له وحماية حقوقه وحرياته في اطار الشرعية الاجرائية [٢]

وتاسيسا على ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الاول : التمسك ببطلان الإجراء الجزائي

المبحث الثاني : آثار بطلان الإجراء الجزائي

المبحث الثالث : تصحيح بطلان الاجراء الجزائي

المبحث الاول
التمسك ببطلان الإجراء الجزائي

من أهم محددات البطلان قيام المشرع بوضع القواعد المختلفة للتمسك به . فبالرغم من تحققه فانه لا يتقرر الا ضمن اجراءات تهدف الى تنظيمه اولا ، ثم الى الحد من آثاره قدر الامكان . ويمكن بيان هذه القواعد والشروط والوسائل التي يتم بها التمسك بالبطلان في المطالب التالية :

المطلب الاول : قواعد التمسك ببطلان الإجراء الجزائي .

المطلب الثاني : شروط التمسك ببطلان الإجراء الجزائي .

المطلب الثالث : كيفية التمسك ببطلان الإجراء الجزائي .

---

[١] د . احمد هندي ، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ، محاولة للحد من البطلان من خلال تقيد التمسك به ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ،ص ص٩-١٠

[٢] د . وجدي راغب ، مبادىء القضاء المدني ، دار النهضة العربية ،ط٢ ، ٢٠٠١ ، ص٤٥٨

المطلب الاول

قواعد التمسك ببطلان الإجراء الجزائي

سبق وان تم التمييز بين نوعين من البطلان هما ؛ البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم . وتم بيان اهمية هذا التقسيم ، والمعايير التي جرى اعتمادها في هذا الشأن .

وتظهر اهمية هذا التقسيم – كذلك – في مجال التمسك بالبطلان . فقواعد الدفع او التمسك بكل من نوعي البطلان تختلف عن الاخر[١].

وقد بينت الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية من يحق له التمسك بالبطلان ، فجاءت بقاعدة مستقرة فقها وقضاء ، مفادها ان البطلان لا يتمسك به الا من شرع لمصلحته[٢].

والاصل ان البطلان لا يقع بقوة القانون ، وانما يجب ان تقضي به المحكمة بناء على طلب من شرع لمصلحته ولم يتسبب فيه او يتنازل عنه ، فالاجراء المعيب يبقى قائما منتجا لاثاره ما لم يقرر القاضي بطلانه[٣]. وهذا بالطبع فيما يتعلق بالبطلان المرتبط بمصالح الخصوم دون البطلان المتعلق بالنظام العام .

واذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، فان من المصلحة العامة الحكم به ، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، وللنيابة العامة وسائر الخصوم ان يطلبوا من المحكمة الحكم به وتتلخص قواعد التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام بما يلي :

١- لا يرتب التنازل أثره .

٢- يجوز التمسك به واثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى . وهذا بالطبع مشروط بان لا يكون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المحكوم فيه، فاعتبارات الاستقرار القانوني تغلب على تصحيح مخالفة القانون ولو كان متعلقا بالنظام العام[٤].

٣- على المحكمة ان تقرره ولو بغير طلب ، لانه يتعلق بالمصلحة العليا للجماعة ولا يخص خصما دون اخر من خصوم الدعوى[٥].

---

[١] د . مفلح القضاة ، المرجع السابق ، ص٢٩٠

[٢] انظر كذلك المادة ٢٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية التي جاء فيها " لا يجوز ان يتمسك بالبطلان الا من شرع البطلان لمصلحته " وهي عبارة ترددت كذلك في المادة ١/٢ من قانون المرافعات المصري . د . احمد هندي ، المرجع السابق ، ص٢١

[٣] د . عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٨٩

[٤] د . محمود محمود مصطفى ، تطور قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٨

[٥] سبقت الاشارة الى هذه الخصائص عند التمييز بين البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم

وقد اشارت المادة ٢/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الى البطلان المتعلق بالنظام العام وجواز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى والتي تنص على ما يلي " اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة احكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة او بولايتها بالحكم في الدعوى او باختصاصها من حيث نوع الجريمة او بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب "

ومما لا شك فيه ان الحالات الواردة في هذه المادة لم تات على سبيل الحصر بل جاءت على سبيل المثال ·وذلك بدليل ايراد المشرع عبارة " او ما يعتبر مما هو متعلق بالنظام العام " بعد ان عدد بعض الحالات المتعلقة بالنظام العام ·

وقد يعبر المشرع عن توجهه نحو اعتبار القاعدة التي خولفت من النظام العام ، اذا اوجب على المحكمة ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها دون التصريح بذلك بوصف هذه القاعدة من النظام العام[١]· وفي كثير من الحالات يُترك الامر للقاضي ليحدد القاعدة التي تتبع النظام العام او تلك التي تتبع مصالح الخصوم مستعينا بالاراء الفقهية والاجتهادات القضائية الواردة في هذا الشـــأن [٢].

اذا ، يضفي المشرع على القواعد المتعلقة بالنظام العام اهمية خاصة بشان التمسك بالبطلان حيث يوسع من دائرة هذا التمسك للصالح العام ، ولكل خصم يتاثر مركزه القانوني ببطلان العمل الاجرائي ان يتمسك به ، وللمحكمة ان تقضي به دون طلب[٣].

ونظرا للدور الايجابي الذي تمارسه المحكمة الجزائية ، فانه يجب عليها ان رأت ان الإجراء الذي بوشر قد وقع مخالفا لقاعدة متعلقة بالنظام العام ، ان تقرر بطلانه ، وان لا يترك الامر لارادة الاطراف · وآية ذلك انها ان لم تقرر البطلان في هذه الحالة ، يكون حكمها عرضة للطعن به من المحكمة المختصة ، حتى لو لم يكن الإجراء المعيب احد اسباب الطعن[٤].

هذا فيما يتعلق بقواعد التمسك ببطلان الإجراء المتعلق بالنظام العام ، اما الإجراء المتعلق بمصالح الخصوم ، فهو على خلاف الاول ، لا يجوز التمسك به الا لمن شرع

---

[١] مما لا شك فيه ان فكرة النظام العام – وكما سبقت الاشارة الى ذلك في اكثر من موضع – فكرة مرنة وغير محددة وتختلف باختلاف الزمان والمكان ، ويرجع في ذلك الى المعايير التي تميز بين نوعي البطلان .

[٢] د · احمد هندي ، المرجع السابق ، ص٥١

[٣] د · فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص٤١٢

[٤] د · مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص٣٥

البطلان لمصلحته ، ولا تجوز اثارته الا امام محكمة الموضوع ، ولا تستطيع المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها ، كما يجوز لمن شرع لمصلحته ان يتنازل عنه صراحة او ضمنا[١].

وللنيابة العامة باعتبارها – ممثلة للمجتمع – سلطة التمسك بالبطلان ولو كان متعلقا بمصلحة المتهم ، لان وظيفتها المحافظة على الضمانات التي فرضها القانون لمصلحة المتهمين ويجوز لها تبعا لذلك ان تطعن بالاحكام الصادرة لمصلحتهم ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك [٢].

وليس للمحكمة ان تحكم ببطلان اجراء ما استنادا الى وجه لم يتمسك به صاحب المصلحة ، ولو كانت الاسباب التي تذكرها صحيحة ، فهي ملزمة بوجه الطعن الذي يثيره صاحب المصلحة في الطعن دون الاعتداد بالمطاعن الاخرى على الإجراء ، وللشخص صاحب المصلحة- فقط – الحق في الطعن بالاجراء المعيب دون غيره من المتهمين او اطراف الدعوى الاخرين ، فالاجراء بالنسبة للفئة الاخيرة يعتبر صحيحا ، واذا تمسك صاحب الشان ببطلان الإجراء وقضت به المحكمة ، يغدو حينئذ باطلا بالنسبة للجميع .

المطلب الثاني

شروط التمسك ببطلان الإجراء الجزائي

يشترط لصحة التمسك بالبطلان توافر المصلحة ، وان لا يكون المتمسك بالبطلان سببا في حصوله ، وان لا تكون الغاية من الإجراء المعيب قد تحققت .

واذا كانت مقتضيات الشرط الاول لا تفرق بين البطلان المتعلق بالنظام العام او المتعلق بمصلحة الخصوم ، فانه يفترض في تطبيق الشرط الثاني ان يكون متعلقا بالبطلان المتصل بمصلحة الخصوم ، فمن يريد ان يتمسك بالبطلان يستطيع ان يمارس هذه المكنة حتى لو كان هو المتسبب في حدوثه اذا كان متعلقا بالنظام العام . ويرتبط الشرط الثالث بمعيار الغاية الذي سبقت الاشارة اليه ، فاذا تحققت الغاية من الإجراء المعيب سقط الحق في جواز التمسك ببطلانه .

---

[١] تجيز المادة ٣٣٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري التنازل عن التمسك بهذا النوع من البطلان صراحة او ضمنا ويسقط الحق في التمسك به اذا شاب الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي بالجلسة في الجنح والجنايات .اذا كان للخصم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه ، اما في مواد المخالفات فيعتبر الاجراء صحيحا اذا لم يعترض عليه الخصم ولو لم يحضرمعه محام في الجلسة . وهذه الاحكام تشمل جميع خصوم الدعوى ولا تقتصر على النيابة العامة او المتهم . د . رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، المرجع السابق ، ص٨٨ . وليس لهذه الاحكام من مقابل في التشريع الاردني ولا بد لمن يريد ان يتمسك بالبطلان غير المتعلق بالنظام لعام ان يبدي طلبه امام محكمة الدرجة الاولى حتى يتمكن من التمسك به لدى المحكمة الاعلى عند الطعن بالاجراءات المعيبة .

[٢] د . معتصم مشعشع ، البحث السابق ، ص ٤١٦

اولا : شرط المصلحة ٠

المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها من التمسك بالبطلان[١]. او هي المنفعة التي يبغي المدعي الحصول عليها بتحقيق حماية حقه من الاعتداء ٠ وليس شرطا ان تكون الفائدة محققة ، بل يكفي ان تكون محتملة[٢].

وقاعدة لا دعوى دون مصلحة من القواعد العامة في القانون ولا يحتاج اعمالها الى نص ٠ ومع ذلك ، فقد نص المشرع في قانون اصول المحاكمات المدنية على هذه القاعدة في المادة ٣ منه والتي تقضي بما يلي " لا يقبل أي طلب او دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون " واخذ المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة بالمصلحة المحتملة[٣].

فالخصومة ليست نشاطا نظريا ومجالا لتبادل الاراء ووجهات النظر ، بل هي نشاط يهدف الى تحقيق اغراض عملية ، وبالتالي فان كل اجراء يجب ان تحدوه مصلحة خالصة وتترتب عليه فائدة عملية[٤].

اذا ، يشترط فيمن يتمسك بالبطلان وجود مصلحة مباشرة له في مراعاة القواعد المنصوص عليها بالنسبة للاجراء الباطل ، أي ان تكون القواعد التي تمت مخالفتها قد قررت لمصلحته[٥]. ولا يقصد بشرط المصلحة هنا ، المصلحة في الحكم ببطلان الإجراء ، بل المصلحة في مراعاة القاعدة التي خولفت ٠ فعدم مراعاة احكام التفتيش يترتب عليه بطلانه ، ومن مصلحة المتهمين الاخرين – المشتركين مع المتهم المتمسك بالبطلان – اعلان بطلان اجراء التفتيش ، الا ان هذه المصلحة ليست هي المقصودة في هذا الشرط ، وانما المقصود المصلحة في مراعاة قواعد التفتيش ، وهي في هذه الحالة لا تتوافر الا بالنسبة للمتهم الذي كان منزله او شخصه محلا للتفتيش ٠ وبالتالي لا يقبل التمسك بالبطلان الا من قبله دون باقي المتهمين[٦].

---

(١) Morel , Traite elementaire de procedure civile , ١٩٤٩ . p٣١ مشار اليه لدى د ٠ سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٤٣٤

(٢) د ٠ احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية ، المرجع السابق ،ص٥٩٥ ، د ٠ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص٦٥ د ٠ مفلح القضاة ، المرجع السابق ، ص١٧٨

(٣) تقابل المادة ٤ من قانون المرافعات المصري

(٤) Pannain , op. cit , p٤٠٩

(٥) د ٠ مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٩٨٩

(٦) هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها ، انظر نقض ٢ مارس ١٩٥٢ ، مجموعة الاحكام ، س٥ ص٤٠٥ كما قالت في قرار اخر لها " ان وجوب تحليف المدعي بالحقوق المدنية اليمين لم يشرع حماية لهذا المدعي ، وانما شرع ضمانة للمتهم المشهود ضده وبالتالي فلا يكون للمدعي بالحقوق المدنية الذي لم يحلف اليمين ولم تاخذ المحكمة بشهادته ضد المتهم ان ينعى على اجراءات عدم حلف اليمين " نقض ٤اذار١٩٦٨ ،مجموعة احكام النقض :س١٠٩، ص٣٢٠ ، ٣٠ يونيه١٩٦٩، س٢٠=

ولكن هل يطبق شرط المصلحة على النيابة العامة باعتبارها احد خصوم الدعوى ؟ ام انه يجوز لها التمسك بالبطلان حتى لو لم تكن لها مصلحة مباشرة ، وكانت القواعد التي تمت مخالفتها تتعلق بخصم اخر من خصوم الدعوى •

ذهب جانب من الفقه الى القول بانه يطبق على النيابة العامة ما يطبق على باقي خصوم الدعوى دونما أي تفرقة ، ولا يجوز لها ان تتمسك ببطلان اجراء لم تتقرر قواعده لمصلحتها• (١).

لذلك يجب على النيابة العامة – كغيرها من اطراف الدعوى – عند تمسكها ببطلان اجراء معين ان تبرز في دفعها شرط المصلحة ، لان الإجراء والقواعد التي تحكمه تطبق بحق الدولة في العقاب ، او عند تحريك النيابة العامة للدعوى " فان لم تكن لها مصلحة متصلة بذلك لم يكن لها الحق بالتمسك بالبطلان(٢).

وذهب جانب آخر من الفقه ، الى القول ؛ بان قاعدة اشتراط المصلحة لا تسري على اطلاقها بحق النيابة العامة نظرا لما تتمتع به من مركز خاص يتمثل في رعاية المصالح العامة وسعيها الى صحة تطبيق القانون • وبناء على ذلك ، تستطيع النيابة العامة الطعن بأي حكم أو إجراء معيب أدى إلى إدانة المتهم ولو كان هذا الحكم أو الإجراء مطابقا لطلباتها(٣).

من جهة أخرى ، يذهب رأي إلي الربط بين بطلان الإجراء وشرط المصلحة • بحيث يتقرر البطلان كلما تبين أن مخالفة الإجراء قد ألحقت ضررا بمن شرع الإجراء لمصلحته •

وقد تم انتقاد هذا الرأي(٤)• لان الربط بين البطلان وفكرة المصلحة يؤدي إلى اضعاف قيمة الإجراء ، وهو يخلط بين مبدا البطلان كنظام قانوني مستقل ، وبين فكرة المصلحة في الدفع ، وبالتالي الى احتمال تصحيح البطلان عند انتفاء المصلحة • كما أضاف المنتقدون إلى ما سبق القول بأنه لا يصح أن يتفرع عن كل دفع بالبطلان مسالة التحقق من توافر المصلحة في هذا الدفع لان وقت القضاء لا يسمح بذلك • وفي النهاية تعتبر الاجراءات قلقة النوع ،

ص٩٧٦مشار الى هذه القرارات لدى د • ادوارد غالي ،الاجراءات الجنائية ،المرجع السابق ،ص٦٣٢ وانظر كذلك د • مامون سلامة ،المرجع السابق ، ص٣٥١

(١) د • محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٥٣٠ ، د • مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٩٩١ وانظر المادة ٣٣٤ من قانون الاجراءات اليمني التي ساوت في التمسك بالبطلان بين النيابة العامة وباقي خصوم الدعوى

(٢) د • مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٣٥٢

(٣) د • احمد فتحي سرور ، المجع السابق ، ص٣٣٩

(٤) د • عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص٦٠

تتراوح بين البطلان وعدمه بسبب الظروف الموضوعية التي وقع فيها الإجراء الباطل وما رتبه من اثار[١].

الشرط الثاني : الا يكون المتمسك بالبطلان قد تسبب او ساهم في وقوعه.

هذه القاعدة قديمة تنتمي الى القانون الروماني ، الذي كان يقرر انه ليس لاحد ان يستفيد من باطل صدر عنه " وهي تمثل الان مبدا مستقرا لا يحتاج الى نص للعمل به"[٢].

فليس لمن كان سببا في بطلان اجراء ان يتمسك ببطلانه ، ولو كانت القاعدة التي تمت مخالفتها مقررة لصالحه ، ذلك انه ليس للشخص ان يدعي ضد فعله ، فمن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه[٣].

ويعتبر هذا الشرط احد الوسائل التي تؤدي الى الحد من البطلان ، فالاجراء يكون باطلا الا ان القاضي لا يحكم به ويعامله معاملة الاجراء الصحيح المنتج لجميع اثاره[٤].

ويرى جانب من الفقه ان اساس هذه القاعدة ، هو التنازل الضمني عن مراعاة القاعدة الاجرائية المقررة لمصلحة الخصم الذي يريد التمسك بالاجراء الجزائي الباطل[٥]

ولعل الاقرب الى الصواب ان اساس هذه القاعدة يعود الى مجازاة من تسبب في البطلان عن اهماله او عدم اكتراثه ، بحرمانه من حق مقرر لمصلحته . ذلك ان القول بالراي السابق يعني وجوب السماح لمن تسبب في البطلان بالطعن به حتى لو انتفت قرينة الرضاء بالتنازل عن مراعاة القاعدة التي خولفت[٦].

وبالرغم من خلو قانون اصول المحاكمات الجزائية من نص على هذه القاعدة فانه يعمل بها – كما سبق القول – وفق المبادىء المستقرة والتي لاتحتاج الى نص .[٧]

وينحصر تطبيق هذه القاعدة على البطلان المتعلق بمصلحة الخصم دون البطلان المتعلق بالنظام العام . اما في البطلان المتعلق بالحالة الاخيرة فانه يجوز لاي من خصوم الدعوى

---

(١) يتم الفصل بين مبدا البطلان في ذاته وبين شرائط الدفع به . وهذا الفصل يكون واضحا في البطلان المتعلق بالنظام العام لا البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم فالمصلحة في هذه الحالة مفترضة وليست بحاجة الى اثبات ، لتعلقها بالمصلحة العليا للمجتمع . ولا يتم التنازل عنها .

(٢) نصت على هذه القاعدة المادة ٢٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتي جاء فيها " لا يجوز ان يتمسك بالبطلان الا من شرع البطلان لمصلحته ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه ذلك كله فيما عدا الحالات التي تتعلق بالنظام العام "

(٣) د. احمد هندي ، المرجع السابق ، ص ١٦

(٤) محمد كامل ابراهيم ، احكام الدفع بالبطلان امام القضاء الجنائي ، المرجع السابق ، ص٥٤

(٥) د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٥٠

(٦) د . سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٤٣٧

(٧) من القوانين الجزائية التي نصت على هذه القاعدة القانون الايطالي . في المادة ١٨٧ والتي قالت بانه لا تملك النيابة العامة وسائر الخصوم ان يتمسكوا بالبطلان الذي تسببوا فيه واشتركوا في احداثه . د . احمد هندي ، التمسك بالبطلان ، المرجع السابق ، ص٢٦

التمسك به ، بمن فيهم الخصم المتسبب فيه ، وذلك رعاية للمصلحة العامة التي تعلو على أي اعتبار [١].

ومناط تطبيق هذه القاعدة ان يكون الخصم المتمسك بالبطلان هو المتسبب في حدوثه، ويستوي في ذلك ان يكون هو المتسبب المباشر او غير المباشر عن طريق شخص اخر ينوب عنه كالمحامي الموكل للدفاع عنه .

ولا يشترط ان يصدر عمن يتمسك بالبطلان غش او خطا او حتى تعمد ، بل يكفي مجرد حصول الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان الى من يتمسك به او وكيله . فالمعيار هنا موضوعي ، قوامه توافر رابطة سببية بين الفعل والعيب المتحقق . كما لا يشترط ان يكون هذا الفعل هو السبب الوحيد او الرئيس، بل تكفي مساهمته في احداث العيب[٢].

وتطبيقا لما سبق ، فانه ليس للمتهم الذي يحلف اليمين قبل استجوابه ان يطعن ببطلان الاستجواب طالما لم يطلب منه حلف اليمين . والمتهم الذي يعطي بيانا غير صحيح عن عنوانه اثناء التحقيق لا يجوز له الطعن بعدم صحة هذا التبليغ لانه المتسبب في بطلان الإجراء . كما لا يجوز له الطعن بعدم صحة تفتيش منزله لعدم الحضور اذا ثبت انه تمت دعوته للحضور لكنه لم يحضر[٣].

ومن الفقهاء من يوسع من نطاق هذه القاعدة ، ويتبنى معيارا مرنا في تطبيقها للمساهمة في الحد من اثار البطلان ، حيث يرى انه اذا كان احد الخصوم يرمي من وراء تصرفاته ومسلكه الى تعطيل الفصل في الدعوى والمماطلة فانه يعد مسؤولا بصورة غير مباشرة عن البطلان وبالتالي لا يجوز له التمسك ببطلان اجراء ساهم هو في بطلانه [٤]

الشرط الثالث : الا تكون الغاية من الإجراء قد تحققت

---

[١] د . مفلح القضاة ، المرجع السابق ، ص٢٩١

[٢] تسوي التشريعات التي تنص على هذه القاعدة بين المتسبب في البطلان بحسن نية ، والمتسبب فيه بسوء نية . كما تسوي بين سبب البطلان الراجع الى فعل الخصم نفسه ، و الراجع الى شخص اخر وكيلا عنه ، والواقع ان هذا لا يتفق مع اساس هذه القاعدة المتمثل بفكرة الجزاء ، وليس من العدالة حرمان صاحب الحق بالتمسك بالبطلان اذا تسبب فيه بحسن نية . لذلك يقترح البعض عند النص على هذه القاعدة ان تكون مشروطة بعبارة " بسوء نية " حتى يسقط حق التمسك بالبطلان في المطالبة بـه د . سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٤٣٨ . وقد يعيق تطبيق الراي الاخر الدخول في مسالة النوايا الحسنة او السيئة مع ان الاصل في الاعمال الاجرائية انما تبنى على الارادة الظاهرة ولما تبطل من بعد نزولا على ما قد ينكشف من امر الواقع ، وبالتالي تترتب احكام هذه القاعدة بمجرد التسبب بالبطلان . سواء كانت النية سيئة ام حسنة . د . عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٧٦

[٣] محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٢٤ ، د . مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص٤٠

[٤] د . احمد هندي ، التمسك بالبطلان ، المرجع السابق ، ص١٩ ، واذا كان هذا الراي قد ورد بشان الخصوم في الدعوى المدنية فانه لا يوجد ما يمنع من تطبيقه في مجال الدعوى الجزائية حيث تكون السرعة في الفصل بالدعوى من اهم متطلباتها .

يمكن استخلاص هذا الشرط من عجز الفقرة الاولى من المادة السابعة التي تبين ان الإجراء يكون باطلا اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء . وتضيف تشريعات الاجراءات المدنية التي تاخذ بهذا المبدا نصا مفاده انه لا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه اذا تحققت الغاية من الإجراء[١].

والواقع ان هذا المبدا ياتي في اطار توجه التشريعات الحديثة الى الحد من نطاق البطلان بطرق مختلفة منها ، عدم جواز التمسك بالبطلان اذا تحققت الغاية من الإجراء . وهذه النظرة الى الإجراء ترى فيه وسيلة الى تحقيق غاية وليس هو غاية في ذاته ، فاذا تحققت الغاية التي ارادها المشرع من الإجراء ولو كان معيبا لم يصح التمسك بالبطلان . فمبدا تحقق الغاية هنا تمليه القواعد العامة ، لان الشخص اذا تمسك بالبطلان رغم تحقق الغاية منه يكون قد استعمل حقه استعمالا غير مشروع[٢].

وقد راى المشرع عندما حدد لكل اجراء شروط صحته ، ان هذه الشروط لازمة لكي يحقق الإجراء غايته ، وان تخلف شرط منها يؤدي الى فوات هذه الغاية ، الا انه قدر بنفس الوقت امكان تحقق الغاية من الإجراء في بعض الحالات رغم صدوره معيبا[٣].

ان تحقيق الغاية من الإجراء يؤدي الى تصحيح البطلان ويتم ذلك عن طريق التصرف او القيام باجراء لاحق من شانه ان يعدم اثر البطلان المترتب عليه[٤].

على ان جانبا من الفقه يرى – بحق – ان الإجراء لا يبرأ من عيبه ولا ينقلب صحيحا اذا تحققت الغاية منه او سقط الحق بالتمسك ببطلانه لاي سبب كان . لان الحكم على الإجراء بالصحة او البطلان انما يكون وقت مباشرته ، ومنذ تلك اللحظة يحكم عليه بالصحة او البطلان . غاية ما في الامر ان المشرع ان لم يستطع تغير الواقع فانه يستطيع تغير الاحكام . بمعنى ؛ انه يمنع ترتيب البطلان على الإجراء الباطل ، ويعامل معاملة الإجراء الصحيح ويصبح من حيث الواقع في منزلته[٥].

---

[١] المادة ٢/٢٠ من قانون المرافعات المصري ، من التشريعات من ياخذ بنفس المبدا ولكن في اطار معيار الفرد بحيث لا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه ما لم يترتب عليه ضرر ، فاذا لم يترتب الضرر على المعيب فلا بطلان سواء نص المشرع عليه ام لم ينص وسواء تعلق بالنظام العام ام بمصلحة الخصوم انظر المادة ٨٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي . والمادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني .

[٢] د . احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية ، المرجع السابق ، ص٣٨٢

[٣] بعض تشريعات الاجراءات المدنية نصت صراحة على عدم الحكم بالبطلان في حالة تحقق الغاية من الإجراء رغم النص عليه . المادة ٢/٢٠ من قانون المرافعات المصري .

[٤] د . عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص٥٩

[٥] د . عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٨٩

اذا وفقا لمبدا لا بطلان اذا تحققت الغاية من العمل ، وسواء نص المشرع على البطلان ام لم ينص ، فان صحة الإجراء او بطلانه رهن بتحقق الغاية من الشكل الاجرائي ، ذلك ان الشكل غير مطلوب لذاته ، بل على اساس انه يرمي الى تحقيق غاية معينة متى تحققت امتنع الحكم ببطلان الإجراء .

ويشترط لعدم التمسك بالبطلان نتيجة لتحقق الغاية من الإجراء ان تكون هذه الغاية قد تحققت بالنسبة الى كل من تعلقت له مصلحة به . فاذا شمل التبليغ الباطل عدة متهمين ، وحضر بعضهم رغم البطلان ولم يحضر الاخرون ، فان التمسك بالبطلان يمتنع على من حضر دون من لم يحضر . فالغاية تحققت بالنسبة لبعض المتهمين دون بعضهم الاخر(١).

ولا يقتصر تحقيق هذه القاعدة – تحقق الغاية من الإجراء – على البطلان المتعلق بالنظام العام دون البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ، بل ينطبق على النوعين على حد سواء .

المطلب الثالث

كيفية التمسك ببطلان الإجراء الجزائي

تعد وسائل التمسك بالبطلان الوجه العملي لهذا النظام ، حيث تنظم العلاقة بين اطراف الدعوى في اطار من المحافظة على المصلحة العامة وحقوق الدفاع على حد سواء . فلا يتقرر بطلان الإجراء الجزائي بشكل تلقائي ومباشر ، بل لا بد لمن يريد التمسك به من اتباع وسائل معينة حتى لا يسقط حقه في المطالبة بتقريره .

وقد اختلفت التشريعات في بيانها لهذه القواعد ، حيث تتجه التشريعات الحديثة الى زيادة الاهتمام بوسائل التمسك بالبطلان وتنظيمه ، لتحقيق الفكرة المثالية فيه ، وهي الحد من اثاره قدر الامكان .

وتتم – عادة – وسيلة التمسك بالبطلان عن طريق طلب او دفع يقدم الى الجهة المختصة لاعلان بطلان الإجراء ، او عن طريق الطعن بالحكم بالطرق المقررة قانونا ، للتوصل الى ابطاله بسبب بطلان الحكم في ذاته بناء على الاجراءات المعيبة التي يبنى عليها

فالدفع بالبطلان يتم – اذا – اما في مرحلة التحقيق الابتدائي او اثناء مرحلة المحاكمة .

اولا : الدفع بالبطلان في مرحلة التحقيق الابتدائي .

---

(١) تقضي المادة ٣٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية المصري بسقوط حق المتهم بالتمسك بالبطلان العائد الى عيب في ورقة التكليف بالحضور ، اذا حضر بنفسه او بواسطة وكيل عنه وانما يحق له ان يطلب تصحيح التكليف واعطائه ميعادا اخر ليحضر دفاعه . ويمكن الاخذ بهذا الحكم في اطار معيار تحقق الغاية من الإجراء .

تباشر سلطة التحقيق الابتدائي العديد من الاجراءات سواء كانت على صورة اوامر ، كالتوقيف او الافراج او منع المحاكمة او قرارات الاتهام ، وعدم الاختصاص وما الى ذلك من اجراءات • او على صورة اعمال تنفيذية كسماع الشهود والاستجواب والمعاينة والمواجهة •••الخ

فاذا شاب البطلان اي اجراء من هذه الاجراءات فكيف يمكن التمسك به؟ وما هي وسائل الدفع به ؟ وهل تملك سلطات التحقيق البت في امر البطلان بالرغم من صدور هذه القرارات عنها ؟

لا يجوز لقاضي التحقيق – في فرنسا – ان يبطل اجراء اتخذه اذا دفع به صاحب المصلحة ، لان المتهم يستطيع ان يتمسك ببطلان اجراءات التحقيق امام المحكمة المختصة ويستطيع بنفس الوقت التنازل عن التمسك بالبطلان الذي سبق وان ابداه امام قاضي التحقيق [١].

ويذهب جانب من الفقه في فرنسا الى التفريق بين حالتين : حيث يجيز في الاولى لقاضي التحقيق ابطال الاجراءات الصادرة عنه متى كان سبب البطلان عدم اعلان اوامره الى محامي المتهم ، ولا يجيز ابطال الاجراءات للاسباب الاخرى [٢]•

وهذا الراي محل انتقاد ، فهو يمنح قاضي التحقيق سلطة ابطال جزء من تحقيقه الذي يجب ان تمارسه سلطة اعلى منه وهي غرفة الاتهام • ومع ذلك فهنالك جانب اخر من الفقه يرى ان لقاضي التحقيق ابطال الاجراءات التي يباشرها مامور الضبط القضائي بناء على انتداب منه [٣].

ولعل الراي الراجح ، هو عدم جواز السماح لقاضي التحقيق بابطال الاجراءات الصادرة عنه ، سواء تم اجراؤها عن طريقه مباشرة او قيامه بانتداب غيره لهذه المهمة • فالاصل انه لا يجوز له ان يبطل اجراءات تمت على يديه ولابد من جهة اعلى منه يرفع اليها الامر لتقرير البطلان من عدمه •

والراي السابق هو السائد في مصر • فاذا وقع البطلان اثناء مرحلة التحقيق الابتدائي ، سواء كانت الاجراءات قد تمت عن طريق المحقق او بناء على انتداب منه ، فانه لا يجوز له

---

(١) د • احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٣٥٢

(٢) Desaigne , op ·cit ,p١٦٤

(٣) Garruad , op ·cit , p٤٤·

ان يتولى مهمة تقرير بطلان هذه الاجراءات لانها صادرة عنه ، ولا يستطيع ان يفصل في صحة اجراء صدر على يديه ٠ فمثل هذه المهمة تتولاها جهة رقابية اعلى منه[١].

والاصل عدم الطعن باوامر التحقيق ، والاستثناء هو الجواز الذي يجب النص عليه ٠ وتعود علة المنع الى ان هذه الاوامر ذات طبيعة وقتية من جهة ، وهي تخضع بالنتيجة لرقابة محكمة الموضوع ، فان رات بطلانها اهدرت كل قيمة لها ٠ وهذه الاعتبارات تغني عن الطعن بها[٢].

ويستند جانب من الفقه في جواز الطعن باجراءات واوامر التحقيق وتقرير بطلانها الى المادتين ٨٢ ، ٣٣٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري ٠

فالمادة ٨٢ تقضي بان على قاضي التحقيق ان يفصل في ظرف اربع وعشرين ساعة في الدفوع والطلبات المقدمة اليه ، مع بيان الاسباب التي يستند اليها[٣].في حين تقضي المادة ٣٣٣ بانه في غير الاحوال المتعلقة بالنظام العام يسقط الحق في الدفع ببطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي او التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات اذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه ، وانه في مواد المخالفات يعتبر الإجراء صحيحا اذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام في الجلسة ٠

ويذهب جانب اخر من الفقه انه لا وجه للاحتجاج بما ورد في المادتين السابقتين للاستدلال على سلطة قاضي التحقيق [٤]بتقرير بطلان الإجراءات الصادرة عنه ، لان السبيل الى ذلك هو جواز استئناف هذه الاوامر [٥]. وان المقصود بالدفوع التي يفصل بها قاضي التحقيق بموجب المادة ٨٢ هي الدفوع الموجهة الى الاجراءات التي تمت مباشرتها من غيره كاجراءات الاستدلال ٠ وان مناط سقوط الحق في الدفع بالبطلان الوارد في المادة ٣١٣ هو

---

[١] وبناء على هذه القاعدة للنائب العام ان يلغي الامر بان لا وجه لاقامة الدعوى الصادر عن عضو النيابة المختص خلال ثلاثة اشهر من صدوره ولا يجوز له الغاء الامر الصادر عنه ٠ انظر المادة ٢١١ من قانون الاجراءات الجنائية المصري ، د ٠ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٧٤٥ ، د ٠ رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٥٢٢

[٢] د ٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٤٨٦

[٣] لمزيد من التفصيل حول اجراءات الطعن باجراءات واوامر قاضي التحقيق والاشخاص الذين يحق لهم الطعن بها انظر د ٠ حسن المرصفاوي ، اصول الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ص ٤٧٣ — ٤٧٧

[٤] يبدو ان نظام قاضي التحقيق قد انحسر كثيرا ان لم يكن قد الغي من الناحية العملية في النظام القانوني المصري ٠ حيث اصبحت النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص الاصيل في مباشرة كافة اجراءات التحقيق في ضوء التعديلات التشريعية المتعاقبة ٠ ولا يجوز مباشرة اعمال التحقيق الا بناء على طلب يقدم الى رئيس المحكمة بطلب من النيابة العامة او المدعي المدني ٠ لمزيد من التفصيل حول اعمال قاض التحقيق ينظر د ٠ رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ص ٤٩٦ — ٥٠٩

[٥] المواد من ١٦١ — ١٦٤ من قانون الاجراءات المصري ٠

عدم الاعتراض على الإجراء وقت حصوله للتمكن من التمسك بالبطلان امام محكمة الموضوع[١].

ويضيف اصحاب هذا الراي ان ما ورد في المادتين ٨١ ، ٨٢ من قانون الاجراءات المصري من دفوع وطلبات جاءت بصورة مطلقة دون قيد او شرط ، ويلتزم قاضي التحقيق بالفصل فيها حتى اربع وعشرين ساعة . ويندرج تحت اوجه هذه الدفوع البطلان[٢].

واذا شاب اجراءات التحقيق البطلان ، فان غرفة الاتهام – وفق التشريع المصري – تملك سلطة التعقيب على هذه الاجراءات وتقرير بطلانها ، ومتى فصلت في ذلك سقط الدليل الباطل من بين الادلة وامتنع على المحكمة الاخذ به .

من جهة اخرى فقد خول القانون المصري النائب العام سلطة الغاء الامر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الصادر عن النيابة العامة في مدة ثلاثة شهور تالية لصدوره . ما لم يكن قد صدر عن غرفة الاتهام قرار برفض الطعن الموضوع لها في هذا الامر[٣].

في ضوء ما تقدم ؛ نتسائل عن موقف المشرع الاردني من وسائل التمسك بالبطلان . سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي او المحاكمة . وهل كانت لديه خطة واضحة في هذا المجال؟

اجازت الفقرة الثانية من المادة ٧ التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام في أي مرحلة من مراحل الدعوى . وعددت هذه المادة بعض انواع البطلان المتعلق بالنظام العام كالاحكام المتعلقة بتشكيل المحكمة او بولايتها للحكم في الدعوى او باختصاصها النوعي[٤].

كما بينت الفقرة الثالثة من ذات المادة ان البطلان يزول اذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحة او ضمنا . وذلك باستثناء الحالات المتعلقة بالنظام العام .

وبالرجوع الى المادة ٦٧ من نفس القانون نجد انها تنص على ما يلي :

" اذا ادلى المشتكى عليه اثناء التحقيق بدفع يتعلق بعدم الاختصاص او بعدم سماع الدعوى او بسقوطها او بان الفعل لا يستوجب عقابا وجب على المدعي العام بعد ان يستمع الى المدعي الشخصي ان يفصل في الدفع خلال اسبوع من تاريخ الادلاء به " .

---

[١] د . احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٣٥٤

[٢] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٥٥

[٣] د . رمسيس بهنام ، الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، المرجع السابق ، ص٥٢٤ ، انظر المادة ٢١١ من قانون الاجراءات الجنائية المصري .

[٤] سبق القول ان هذه الحالات وردت على سبيل المثال لا الحصر بدليل قول المشرع بعد ان عدد هذه الحالات " او بغير ذلك ما هو متعلق بالنظام العام "

ووفق الفقرة الثانية من هذه المادة يكون قرار المدعي العام بهذا الشان خاضعا للاستئناف للنائب العام خلال يومين من تاريخ تبليغه الى المشتكى عليه ٠

وفي ضوء النصوص السابقة يمكن ابداء الملاحظات التالية :

- فرق المشرع بين البطلان المتعلق بالنظام العام الذي يجوز ابداؤه في أي مرحلة من مراحل الدعوى عن طريق كل طرف من اطرافها ، ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ، والبطلان المتعلق بمصالح الخصوم الذي لا يتقرر الا اذا تمسك به من شرع لمصلحته٠

- ان الدفوع التي يجوز ابداؤها امام المدعي العام وردت على سبيل الحصر ولا مجال للتوسع فيها ٠

- في ضوء الملاحظة السابقة فانه لا يجوز ان يدفع ببطلان اجراء من اجراءات التحقيق اما المدعي العام ، بل يستطيع من يريد ان يتمسك بالبطلان ان يعترض على الإجراء المعيب ٠

- كما لا يجوز ان يدفع امام المدعي العام ببطلان أي اجراء من الاجراءات التي تم اتخاذها من قبل اعضاء الضابطة العدلية ، لانه لا يشكل درجة ثانية من درجات التحقيق ، بل انه يرأس هذه السلطة ٠

- لا بد لمن يريد ان يتمسك بالبطلان امام محكمة الموضوع ان يعلن تمسكه ببطلان اجراءات التحقيق التي تتم في مواجهته امام سلطة التحقيق الابتدائي ، حتى لا يعد متنازلا عن هذا الحق ، وفقا لاحكام المادة ٣/٧ وهذا بالطبع فيما يتعلق بالبطلان المتعلق بمصالح الخصوم ٠

- لم تكن الصيغة التي وردت بها الفقرة الثالثة من المادة السابقة دقيقة ٠ فالبطلان لا يزول بتنازل من شرع لمصلحته ، وانما الذي يزول هو الحق بالتمسك به ، بدليل انه اذا تم التمسك به ممن شرع لمصلحته استطاع القاضي عندئذ تقريره ٠

- من غير الصواب عقد مقارنة ما بين نص المادة ٦٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمادة ٨٢ من قانون الاجراءات المصري كون النص الاخير جاء مطلقا فيما يقدم من دفوع او طلبات امام قاضي التحقيق وبالتالي يندرج تحته البطلان ٠ بخلاف الدفوع الواردة في النص الاردني التي جاءت على سبيل الحصر ٠

- خلا قانون اصول المحاكمات الجزائية من نص مشابه لنص المادة ٣٣٣ من قانون الاجراءات المصري التي تقضي بسقوط الحق في الدفع ببطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي او التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات اذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه ، وفي مواد المخالفات يعتبر الإجراء صحيحا

اذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام في الجلسة ، وذلك فيما يتعلق بالبطلان المتصل بمصالح الخصوم ،

اذا ، وحيث لا يستطيع المدعي العام تقرير بطلان أي اجراء من اجراءات التحقيق الابتدائي للاسباب السابق بيانها ، فهل يستطيع ان يتولى هذه المهمة النائب العام عن طريق دوره الرقابي الذي يقوم به على اعمال المدعي العام ؟

لا يبدو ان دور النائب العام في هذه المسالة يختلف عن دور المدعي العام ، فالرقابة التي يمارسها لا تصل الى درجة ابطال الاجراءات التي قام بها المدعي العام واستبعاد الدليل الباطل من عداد البينات[١].

يبقى ان نشير – في مرحلة التحقيق الابتدائي – الى الرقابة التي تمارسها محكمة التمييز على قرارات منع المحاكمة الصادرة عن النائب العام في القضايا الجنائية[٢]. لم يميز المشرع بين أسباب تمييز الاحكام او قرارات منع المحاكمة وهي المنصوص عليها في المادة ٢٧٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، حيث تستطيع المحكمة ان تنقض جميع الاحكام الخاضعة لرقابتها اذا توافر فيها سبب او أكثر من اسباب التمييز[٣].

ثانيا : الدفع بالبطلان اثناء مرحلة المحاكمة ،

تعد مرحلة المحاكمة المرحلة الاساسية التي يتم فيها تقديم كافة الطلبات والدفوع الى المحكمة ، وخاصة ما تعلق منها ببطلان الاجراءات المختلفة سواء ما تم منها في مرحلة التحقيق الابتدائي او تلك تمت مباشرتها امام المحكمة ،

وقد ذهب راي الى القول ان المحكمة لا تعد سلطة استئناف لاجراءات التحقيق الابتدائي، وبالتالي فليس لها أن تقرر بطلان أي اجراء من اجراءات هذه المرحلة ويجب ان تستند في حكمها على الاجراءات الصحيحة دون الاجراءات المعيبة[٤].

---

[١] وتختلف سلطة النائب العام في الغاء الامر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية في التشريع المصري عن سلطة النائب العام في الرقابة على القرارات الصادرة عن المدعي العام في التشريع الاردني ، حيث تتسع اسباب الامر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى لتشمل كل سبب يؤدي الى عدم وجود وجه لاقامة الدعوى ومن بينها بطلان الامر نفسه او الاجراءات التي يبنى عليها ، في حين حصر المشرع الاردني اسباب منع المحاكمة لعدم وجود الدليل ، او ان الفعل لا يؤلف جرما ، لمزيد من التفصيل انظر سميح المجالي ، قرار منع المحاكمة ، المرجع السابق ، ص ص ١٩١ – ١٩٦ ،

[٢] انظر المادة ٢٧٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ،

[٣] سميح المجالي ، المرجع السابق ، ص١٩٨ ، اؤكد على ما كنت قد طرحته في هذه الرسالة من ضرورة اعادة نظام قاضي التحقيق وايجاد درجة ثانية من درجات التحقيق الابتدائي لما لهذا النظام من مزايا تؤدي الى تمحيص الدعاوي وعدم رفع أي دعوى الى المحكمة ما لم تستند الى ادلة ترجح الادانة ،

[٤] وقد اخذت بهذا الراي المحكمة العليا المصرية في قرار قديم لها قالت فيه ان كل ما للمحاكم في المواد الجنائية بمقتضى ما لها من حق مطلق في تقدير الدليل وحرية كاملة في الاخذ بما تطمئن اليه واطراح ما لا ترتاح له في سبيل تكوين عقيدتها هو ان تعتبر الدليل المستمد–

لا شك ان هذا الراي محل انتقاد ، فاذا لم تكن للمحكمة سلطة ابطال مثل هذه الاجراءات وتم منع سلطة التحقيق نفسها – كذلك – من ابطالها ، فما هو السبيل لحماية حقوق وحريات الافراد من الافتئات عليها ، ومن هي الجهة التي تضمن حماية مثل هذه الحقوق ؟ فضلا عن ان نظام البطلان باكمله يصبح عديم الفائدة • ولا يجدي نفعا القول بان المحكمة لا تستند الا الى الادلة الصحيحة ، طالما ان ادلة الدعوى متساندة ، ويتعذر في كثير من الاحيان معرفة اثر كل دليل في الحكم النهائي[١].

وبخروج الدعوى من يد سلطة التحقيق ودخولها حوزة المحكمة ، تتولى القيام بكافة الاجراءات التي من شانها الوصول الى حكم نهائي فاصل في موضوعها • والاصل ان لا تعتمد الا البينات التي قدمت اثناء المحاكمة وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية[٢].

ومحكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على الدفوع المتعلقة ببطلان اجراءات التحقيق ان هي لم تعتمد في قضائها على الدليل المستمد منه •

ثالثا : الدفع عن طريق الطعن في الحكم •

هذا فيما يتعلق باجراءات التحقيق الابتدائي او النهائي ومدى التمسك ببطلانها ، اما فيما يتعلق بالحكم الصادر في الدعوى فعلى الرغم من انه يعد احد اجراءاتها ، فان معالجة اوجه البطلان التي يشتمل عليها او الاجراءات التي يبنى عليها لا يتم الا عن طريق الطعن في الاحكام بالطرق المقررة قانونا • لان الدعوى متى صدر فيها حكم خرجت من يد المحكمة ولا يجوز نظرها الا من سلطة قضائية اعلى وفق احكام القانون[٣].

وتقسم طرق الطعن في الاحكام الى قسمين : احدهما يشمل طرق الطعن العادية وهما الاعتراض والاستئناف • ففي الاستئناف يجوز التمسك بالبطلان طالما لم يتم التنازل عنه صراحة او ضمنا امام محكمة الدرجة الاولى • وفي حال الاعتراض فان الظنين الذي صدر بحقه حكم غيابي يستطيع ان يعترض على هذا الحكم خلال الفترة المحددة قانونا والتمسك بكافة اوجه البطلان[٤]. وكذلك الامر فيما يتعلق باعادة محاكمة المتهم الفار الذي يقبض عليه

من اجراء من اجراءات التحقيقات الابتدائية التي تجريها النيابة العمومية او لا تعتبره فاذا هي تجاوزت ذلك الحكم ببطلان الإجراء ذاته فان حكمها يكون مبنيا على تجاوز لحدود اختصاصها ، لان سلطة الاتهام مستقلة عن سلطة الحكم .

د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٦٠

[١] د • محمد الجبور ، المرجع السابق ، ص٥٦٠ •

[٢] المادة ١٤٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية •

[٣] هذا بالطبع لا يشمل الاحكام المنعدمة التي لا تسلب المحكمة ولايتها في اعادة نظرها لانها لم تخرج من حوزتها في الاصل •

[٤] انظر المواد من ١٨٤ – ١٨٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية •

او يسلم نفسه فتجري محاكمته امام نفس المحكمة من جديد وتعتبر المحاكمة الاولى كأن لم تكن ، ويستطيع عندئذ التمسك بكافة اوجه البطلان[١].

اما الطريقان الاخران من طرق الطعن فهما ، التمييز واعادة المحاكمة ، وهما طريقان غير عاديين ، فعن طريق الطعن بالتمييز يستطيع الطاعن ان يطعن ببطلان الحكم او الاجراءات التي بني عليها .

ويشترط لصحة التمسك بالبطلان امام محكمة التمييز :

- ان يكون الطعن موجها الى الحكم الاستئنافي او قرار منع المحاكمة الصادر في جناية عن النائب العام . فلا يجوز التمسك ببطلان حكم الدرجة الاولى الا اذا تم التمسك به امام هذه المحكمة ، وقررت رفض هذا الطلب وايدته محكمة الاستئناف ، عندئذ يجوز التمسك بالبطلان ويعد الطعن في حقيقته منصبا على الحكم الاستئنافي الذي ايد حكم محكمة الدرجة الاولى .

- يجوز التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة التمييز ان تقضي به من تلقاء نفسها وبدون طلب من الخصوم .

- لمحكمة التمييز ان تنقض الحكم المنعدم من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به خصوم الدعوى ، لان الحكم المنعدم لا يرتب اثرا ولا يكتسب حجية الامر المقضي .

- ليس من فرق بين اسباب التمييز في الاحكام القابلة للتمييز وقرارات منع المحاكمة الصادرة في جناية من قبل النائب العام حيث يجوز الاستناد الى أي سبب من اسباب التمييز للطعن بهذه الاحكام و القرارات على حد سواء .

- الشخص الذي من حقه التمسك ببطلان قرار منع المحاكمة امام محكمة التمييز هو رئيس النيابة العامة . اما الاشخاص الذين يحق لهم التمسك ببطلان الحكم الجزائي فهم ، المحكوم عليه والمسؤول بالمال بالاضافة الى النيابة العامة .

كما يجوز التمييز ان تبطل أي اجراء او حكم صادر في دعوى اكتسب الدرجة القطعية عن طريق النقض بامر خطي وفقا للشروط الواردة في المادة ٢٩١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

كما عالج المشرع في المواد من ٢٩٢ – ٢٩٨ المسائل المتعلقة باعادة المحاكمة وليس من بينها حالة بطلان الحكم او الاجراءات المبنية عليه .

---

[٣] انظر المواد من ٣٤٣ – ٣٥٠ من نفس القانون .

المبحث الثاني
اثار بطلان الإجراء الجزائي

مما لا شك فيه ان بيان نطاق الاثار المترتبة على بطلان الإجراء الجزائي يعد من محددات البطلان بوجه عام . فالمشرع – كما سبق القول – لا يرتب البطلان على أي مخالفة اجرائية مهما كانت بسيطة . ولا يتقرر البطلان الا عند مخالفة القواعد المتعلقة بالاجراءات الاساسية او الجوهرية .

والحقيقة ان تقرير البطلان لا يتم بصورة الية متى ثبت ان الإجراء المتخذ معيبا ، فالعيوب الاجرائية لا تكفي وحدها للقول بتوافر البطلان وتجريد الإجراء من كل قيمة قانونية يمكن ان تنتج عنه فيما لو صدر صحيحا خاليا من هذه العيوب ، بل لا بد من صدور قرار قضائي يعلن بطلان الإجراء المعيب ، فلا يوجد بطلان بقوة القانون[١].

واذا تقرر بطلان اجراء ما ، فان تحديد اثر البطلان بالنسبة اليه لا يثير صعوبة طالما انه في ضوء البطلان تزول كل قيمة قانونية له . الا ان المشكلة تثور عندما ينسحب اثر البطلان الى اجراءات اخرى سابقة او لاحقة او معاصرة للاجراء الباطل ولو لم تكن مثل هذه الاجراءات معيبة في ذاتها[٢].

ان امتداد اثر البطلان الى اجراءات صحيحة ، لكنها ترتبط بالاجراء المعيب بصلة ما ، امر بالغ الخطورة ، واذا كان لا بد منه ، لاعتبارات سيتم بيانها بعد قليل ، فانه من الواجب ايجاد المعايير المناسبة التي تحد من اتساع هذه القاعدة دونما ضوابط .

وعلى اية حال ، فان تقرير البطلان يثير مسائل هامة ، منها ما يتعلق بالاجراء نفسه ، ومنها ما يتعلق بالاجراءات المتصلة به ، سواء كانت سابقة ام لاحقة ام معاصرة له . ويمكن بيان ذلك ضمن المطالب التالية :

المطلب الاول :أثر البطلان على الاجراء ذاته

المطلب الثاني : أثر بطلان الاجراء على الاجراءات السابقة

المطلب الثالث : أثر بطلان الاجراء على الاجراءات المعاصرة والاحقة له

المطلب الرابع : تحول الاجراء الجزائي الباطل

المطلب الخامس : اعادة الاجراء الجزائي الباطل

---

[١] د . هلالي عبد اللاة ، المرجع السابق ، ص٥٦٧ ، د . سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، المرجع السابق ، ص٣٣٤ ، بتناين ، المرجع السابق ، ص٤٠٢

[٢] د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٣٥٤

المطلب الاول
اثر البطلان على الإجراء ذاته

تقضي القاعدة الاصولية بان العمل الاجرائي الباطل لا ينتج اثرا ، لانه يخالف القانون، والمشرع لا يرتب على هذه المخالفة حكم ، فمتى تقرر بطلان الاجراء زالت عنه اثاره القانونية ، واصبح هو والإجراء الذي لم يتخذ سواء ، فيغدو كانه لم يكن[١].

ولا تفرق هذه القاعدة بين نوعي البطلان المتعلق بالنظام العام او المتعلق بمصلحة الخصوم ، وكل ما هنالك انه في البطلان المتعلق بالنظام العام يمكن للمحكمة ان تقرره من تلقاء نفسها ، اما البطلان المتعلق بمصالح الخصوم فيكون بناء على دفع يتقدم به من له حق التمسك به من الخصوم . فتقرير البطلان تكون له طبيعة كاشفة اذا كان متعلقا باجراء مرتبط بالنظام العام ، ويكون منشئا اذا اتصل بالبطلان النسبي او المتعلق بمصالح الخصوم[٢].

وتعود هذه القاعدة في اصولها الى قاعدة اعم تقضي بان الفرد لا يستطيع ان ينال حقه بغير طريق القضاء ولا يسمح له بان يقتص لنفسه بنفسه[٣].

واذا تقرر بطلان اجراء معين صدر مخالفا لنموذجه المرسوم له قانونا فان اثر البطلان يعود الى الوقت الذي نشأ فيه الاجراء[٤].

وتطبيقا لهذه القاعدة فانه متى تقرر بطلان أحد اجراءات الدعوى فانه لا يترتب عليه قطع لمدة التقادم ، فالاجراء الصحيح وحده الذي تنقطع به هذه المدة[٥].

والسؤال المهم في اطار الاثار المترتبة على بطلان الإجراء الجزائي هو مدى الاخذ بالدليل المستمد من اجراء باطل ؟ وهل هنالك من فرق بين دليل الادانة او دليل البراءة ؟

---

(١) د. توفيق الشاوي ، المرجع السابق ، ص ٤٤٢ ، د . مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٣٥٥ ، د . عبد الحميد الشواربي ، البطلان الجنائي ، المرجع السابق ، ص٨٢ ، د . فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٣٨

(٢) Charles H. whitehbred , criminal procedure ,New york ,١٩٨٠ ,p ٢٥٠. مشار اليه لدى د. محمد نجم ، مرجع سابق ، ص٣٩٦ ، د . مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص٤٧ ، د . مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٣٥٤

(٣) محمد كامل ابراهيم ، احكام الدفع بالبطلان ، المرجع السابق ، ص٥٧

(٤) يرى جانب من الفقه ان الإجراء يكون صحيحا فاذا شابه البطلان انسحب اثره عليه باثر رجعي مع ان العمل قد صدر معيبا منذ نشاته ولم يكن اعلان بطلانه الا قرارا كاشفا . جورج قيدل ، المرجع السابق ، ص٢٢٧ . مع ملاحظة ان عدم ترتيب أي اثر على الإجراء الباطل تقتصر على الاثار القانونية للعمل الصحيح . وقد تترتب على الإجراء الباطل بعض الاثار الاخرى كاحتساب مدة التوقيف من مدة الحكم . او التعويض في التشريعات التي تجيز ذلك .

(٥) د . محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص١٤٢

تقضي القاعدة العامة انه متى تقرر بطلان أي اجراء من اجراءات الدعوى وجب استبعاد الدليل المستمد منه ، متى كانت هنالك صلة قوية بينهما • فما بني على باطل فهو باطل • والقول بخلاف ذلك ، يؤدي الى هدر للضمانات المقررة قانونا في الحفاظ على حقوق وحريات الافراد ، وتصبح – هذه الضمانات – عديمة الجدوى والفائدة •ويؤدي ذلك كله الى نقض لنظام البطلان من اساسه[١].

وتطبيقا لهذه القاعدة ، اذا حكم ببطلان التفتيش فانه لا يترتب عليه نسبة الاشياء المضبوطة الى المتهم ، ولا يجوز الاخذ بالاعتراف المستند الى القبض الباطل ، ولا تستطيع المحكمة الاستناد الى هذه الادلة ، وانما تقوم بطرحها من عداد البينات • فان لم يكن في الدعوى غيرها من البينات وجب اعلان براءة المتهم[٢].

على ان البطلان لا يؤثر في صحة الادلة المستقلة ، وغير المرتبطة بالاجراء الباطل • فاذا ثبت للمحكمة ان واقعة التفتيش الباطل لم تؤثر في الاعتراف جاز الاخذ بالاخير باعتباره دليلا مستقلا عن اجراء التفتيش • وهكذا هو الحال في جميع الحالات المشابهة[٣]

وتعود مسالة تقدير الصلة بين الإجراء الباطل وادلة الدعوى لمحكمة الموضوع بما تملكه من سلطة تقديرية في هذا المجال • ولا رقابة عليها في ذلك طالما كان استنتاجها سليما ومنطقيا ومستمدا من اوراق الدعوى •

فاذا وجدت المحكمة عدم توافر رابطة السببية بين البطلان الناتج عن الإجراء غير المشروع وادلة الدعوى ، وان الاخيرة لم تكن ثمرة لاجراءات باطلة ، صح الاستناد الى تلك الادلة والحكم على المتهم بالعقوبة المقررة حسب الاصول[٤].

وتظهر صعوبة مهمة المحكمة في الفصل بين الإجراء الباطل والدليل المستمد منه وتقرير مدى توافر الصلة بينهما في ضوء قاعدة تساند الادلة وما يتوافر بين الادلة من تماسك بحيث اذا سقط احدها او استبعد تعذر معرفة مدى اثر الدليل الباطل في قناعة المحكمة وتعين بالتالي نقض الحكم برمته •

---

(١) د • رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ، ج٢ ، المرجع السابق ، ص٢٦٠

(٢) د • مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٣٢٣ ، د • هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٧٣٧ ، د • جلال ثروت ، نظم الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٥٧٢

(٣) د. احمد فتحي سرور ، النقض الجنائي ، المرجع السابق ، ص ٣٩٤ ، محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٥٨

(٤) ويقتضي ذلك – بالطبع – ان يبين الحكم المطعون فيه فيما اذا كانت المحكمة متنبهة لاثر الدليل المحاط بالاجراءات الباطلة سواء قررت قبوله او طرحه من عداد البينات • فاذا قامت المحكمة بالاعتماد على الاعتراف المنسوب للمتهم اثر قبض باطل ودون ان تتحدث عنه كدليل مستقل ومنفصل عن الإجراء الباطل يكون حكمها معيبا وعرضة للنقض• د • رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص٢٦٢

وهذه القاعدة لا يحد منها الا امكان الاستغناء عن الدليل الباطل بالادلة الصحيحة وبصورة واضحة[١][٢].

ويفرق جانب من الفقه بشان الدليل المستمد من اجراء غير مشروع ، بين ادلة الادانة وادلة البراءة . فاذا صحت هذه القاعدة بشان ادلة الادانة فان الامر على خلاف ذلك بشان ادلة البراءة .

ويمكن رد الاتجاهات التي وردت في هذا الشان الى الاراء التالية :

الاول : يرى جواز استناد الحكم بالبراءة الى دليل غير مشروع على اساس من القول بان الاصل في الانسان البراءة ، ولا حاجة للمحكمة ان تثبت براءته . وكل ما تحتاج اليه هو التشكيك في ادانته ، فضلا عن ان بطلان ادلة الادانة المستندة الى اجراء غير مشروع قصد به ضمان حرية المتهم . ويجب ان لا يؤدي هذا الى نتائج عكسية ضده[٣].

الثاني : ويرى جانب اخر من الفقه عدم جواز استناد دليل البراءة على اجراء غير مشروع كما هو الحال في دليل الادانة لان المشرع لم يفرق في تقرير البطلان بين دليل البراءة او الادانة[٤].

الثالث : ويتوسط راي ثالث بين الرأيين السابقين عندما فرق بين الدليل الناتج عن جريمة ، وبين الدليل الناتج عن عيب اجرائي محض فبينما لا يجوز الاستناد الى الدليل في الحالة الاولى فانه يجوز الاستناد اليه في الحالة الثانية[٥].

---

[١] تستند قاعدة حظر الاعتماد على الدليل المستمد من الإجراء غير المشروع الى القيمة الدستورية او التشريعية للحقوق والحريات التي تحميها القاعدة الاجرائية التي تمت مخالفتها . فاذا كانت الحقوق والحريات لها قيمة دستورية فان الحظر يستمد قوته من الدستور واذا بني حكم الادانة على ادلة مشوبة بالبطلان وتوافرت علاقة عدم المشروعية بين الحكم بالادانة وهذه الادلة كان الحكم مشوبا ببطلان متعلق بالنظام العام .

[٢] تطبيقا لذلك يرى الدكتور احمد فتحي سرور توافر شبهة عدم الدستورية في نص المادة ١٦٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري الذي ينص على عدم ترتيب بطلان اجراءات التحقيق على القضاء بعدم اختصاص قاضي التحقيق . لان هذا النص يفقد الحماية الدستورية للحقوق والحريات عليها ويناقض مبدا الاصل في الانسان البراءة . فاحترام قواعد الاختصاص جزء من الضمان القضائي كركن في الشرعية الدستورية لقانون الاجراءات . مؤلفة القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص٥٣٩

[٣] ويؤيد هذا الجانب من الفقه ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في احد احكامها والذي جاء فيه وان كان من المسلم به ، انه لا يجوز تبني ادانة صحيحة على دليل باطل من القانون ،الا ان تقرير هذا المبدا بالنسبة لدليل البراءة امر غير سديد ، ولما كان من المبادئ الاساسية ان كل متهم يتمتع بقرينة البراءة . فان حق المتهم في الدفاع عن نفسه اصبح حقا مقدسا يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يغيرها براءة مذنب بقدر ما يوذيها ادانة بريء. نقض ٢٥ / ١/ ١٩٦٥ ، احكام محكمة النقض ، س١٦ ،ص٥٨٧ مشار اليه لدى د . هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٤٥٦ ، انظر كذلك د . احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص٥٢٩ .

[٤] د . رؤوف عبيد ، مبادىء الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٦٢٣

[٥] د . سامي الحسيني ، النظرية العامة للتفتيش ، المرجع السابق ص٤٧٣ ولمزيد من التفصيل حول هذه الاراء انظر د . هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص ص ٤٥٦ – ٤٦١

وفي نطاق الحديث عن اثر الإجراء الباطل يفرق بعض الفقه بين الاستجواب وباقي اجراءات الدعوى كالقبض او التفتيش او الاستماع الى شهادة الشهود . فبينما يترتب على بطلان الاجراءات الاخيرة بطلان الدليل المستمد منها اذا كان مرتبطا بها على نحو ما تم بيانه فان بطلان الاستجواب لا يقتصر اثره على الدليل المستمد منه ، بل يؤثر في سلامة التحقيق برمته ، لان الوظيفة الرئيسية للاستجواب هي تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه وهو حق له يلتزم بمقتضاه المحقق القيام به ، فاذا خلى منه أي تحقيق اصبح عملا فاسدا[١].

والحقيقة انه بالرغم من اهمية الاستجواب فانه لا يمكن التسليم بالراي السابق ، حيث لا يتميز هذا الإجراء عن سائر اجراءات الدعوى فيما يتعلق باثر بطلان الدليل المستمد منه بشيء ولا يختلف في هذه الناحية عن الاجراءات الاخرى ، فالمشرع يستلزم قبل ان يصدر المدعي العام امرا بتوقيف المتهم ان يستجوبه ولم يشترط ان تتم قبله كافة اجراءات التحقيق[٢].

اما فيما يتعلق بموقف الانظمة القانونية المقارنة من الاثار المترتبة على بطلان الإجراء الجزائي فيمكن استعراض موقف التشريع الفرنسي والانجلو امريكي بشكل سريع قبل ان نتناول موقف بعض التشريعات العربية وصولا الى التشريع الاردني .

لقد حرص المشرع الفرنسي على استبعاد الإجراء او الدليل المستمد من اجراء باطل عن طريق سحبه – ماديا – من ملف الدعوى او المرافعة[٣].

وقد صدرت احكام قديمة ومتناقضة عن محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال . فتارة نجدها تقضي بوجوب سحب الإجراء الباطل والاجراءات الاخرى المترتبة عليه من ملف الدعوى[٤]. في حين نجدها في قرار اخر تقضي بخلاف ذلك ولا يترتب البطلان على مخالفة هذا الاجراء . وعلى حد تعبيرها فانه لا محل للبطلان لعدم تاثر مصالح المتهم من مخالفة هذا الإجراء.

والواقع ان اختلاف القضاء الفرنسي في هذه المسالة تبعه اختلاف فقهي كذلك . فجانب من الفقه يجد في بقاء الادلة المستندة الى اجراءات باطلة ضمن ملف الدعوى ما يفيد القاضي في الرجوع اليها كمعلومات تساعده على كشف الحقيقة دون ان تشكل هذه الادلة اساسا في تكوين عقيدته . وبالمقابل يساند جانب اخر من الفقه الموقف الاخر خشية ان يؤدي

---

(١) توفيق الشاوي ، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب والاكراه الواقع على المتهم ، مجلة القانون والاقتصاد لسنة ١٩٥١ ، عدد ٢١ ، ص٢٥٣ مشار اليه لدى د . احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٣٦٩

(٢) د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٧٠

(٣) انظر المادتين ١٧٣ – ١٧٤ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي

(٤) Crim , ٨ de , c ١٨٩٩ , B. C . No ٣٥٥

وجود هذه الادلة او الاجراءات ضمن ملف الدعوى الى التاثير على القاضي بصورة او باخرى[١].

وقد بقي الجدل دائرا حول هذه المسالة حتى حسم المشرع الامر بالنص على وجوب نزع اوراق محاضر الاجراءات الباطلة من الملف ، وايداعها دائرة كتاب محكمة الاستئناف [٢].

ويرى جانب من الفقه بعدم امكانية الاخذ بهذا الحكم في النظام القانوني المصري طالما ان القاضي ملزم بتسبيب حكمه ، كما ان المحضر قد يتضمن اجراءات اخرى غير الباطلة الامر الذي يستلزم الابقاء على الاجراءات الباطلة مع الاجراءات الصحيحة ، بالاضافة الى ان استبعاد الإجراء الباطل لن يحول دون اطلاع المحكمة عليه ان كانت هي التي قررت بطلانه [٣]

والحقيقة انه اذا كان الاخذ بهذه القاعدة يستلزم توافر نص عليها فان الاسباب الواردة في الراي السابق لا تقلل من اهميتها او تحول دون الاخذ بها . فالقاضي سواء كان ملزما بتسبيب الاحكام ام لم يكن ملزما بذلك ، يتاثر بالاجراءات والادلة الموجودة ضمن ملف الدعوى ، وترجح لديه احتمالات الادانة ان كانت الادلة او الاجراءات المستبعدة ترشح الحكم بذلك ، ويجب ان يصدر قرار الاستبعاد عن المحكمة ، وان تحفظ المحاضر والادلة لدى القلم وتعاد الى الملف بعد ان تفصل المحكمة بالدعوى حسب الاصول .

اما في القانون الانجلو امريكي فقد واجهت قاعدة استبعاد الدليل الجنائي الذي يتم التوصل اليه بطريقة تنطوي على انتهاك الحقوق الاساسية للمواطن – حتى لو كان دليلا ملائما وموضوعيا – انتقادا شديدا من الشراح بسبب طابعها المطلق، اذ يعرقل سير العدالة الجنائية عدم استخدام الادلة المتحصل عليها بطرق غير مشروعة في اثبات التهمة ضد المتهم[٤].

وقد حاول القضاء في كل من اسكتلندا وايرلندا كسر الجمود الذي يكتنف القاعدة السابقة عن طريق اعطائها قدرا من المرونة . وتوصلت احكام المحاكم الى الاستبعاد بطريقة

---

[١] د . عبد الستار الكبيسي ، المرجع السابق ، ص١٠٦٤ ، د . احمد فتحي سرور ، الشرعية الاجرائية ، المرجع السابق ،ص٢٤٥

[٢] د . حسن علي السمني ، شرعية الادلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص٩٢٢

[٣] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٧٠ ، بخلاف ذلك يرى الدكتور محمود محمود مصطفى انه يمكن الأخذ بالأحكام الواردة في القانون الفرنسي بخصوص هذه المسالة بالرغم من عدم وجود نص في القانون المصري . حيث طبق القضاء المصري هذه القاعدة في ظل قانون تحقيق الجنايات القديم دون وجود نص على ذلك الامر الذي يترتب عليه الاخذ بنفس الحكم في ظل قانون الإجراءات الحالي ، شرح قانون الاجراءات ، المرجع السابق ، ص٤٦ و ص٢٩١

[٤] د . هلالي عبد اللاه ، المجع السابق ، ص٥٧٩ ، د . احمد فتحي سرور ، الشرعية والإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٤٧

جديدة مؤداها عدم قبول كل دليل ملائم طالما كان غير مشروع ، وعدم رفض كل دليل بصورة اليه وتلقائية اذا كان مشوبا بمخالفة بسيطة[١].

ويتمثل التحفظ السابق على قاعدة استبعاد الدليل من الإجراء غير المشروع ، في ضرورة حكم القاضي ببطلان الدليل الناجم عن خداع المتهم او التحايل عليه ، ومن ثم وجوب عدم التعويل عليه واستبعاده من عداد البينات[٢].

وقد حاول جانب من الفقه الانجليزي تبرير التحفظ السابق بالقول بانه لما كانت سلطة رجال البوليس في انجلترا مقيدة في المحاكم فان الاخيرة تتسامح باستخدام الادلة الناتجة عن الإجراء غير المشروع والذي لم يستوف شرائطه القانونية ، واذا تعسف رجال البوليس ، فان للقاضي ان يوجه اليهم اللوم ويعمل سلطته التقديرية في رفض الدليل[٣].

ونجد بالمقابل جانبا اخر من الفقه يعارض الراي السابق ، ويرى انه من الصعب تفسير القول باستبعاد الدليل الناجم عن الخداع والحيلة ، بينما يظل الدليل الناتج عن طرق غير قانونية صحيحا ، مع ان الاخير يكون اكثر انتهاكا للقانون من الاول[٤].

وفي الولايات المتحدة الامريكية اتجهت المحكمة العليا الى تبني قاعدة استبعاد الدليل الباطل سنة ١٩١٤ ثم توسعت في تبني هذه القاعدة ليشمل نطاقها جميع المحاكم منذ عام ١٩٦١[٤]

لم تشتمل هذه القاعدة على اجماع الفقه الامريكي ، ففي حين يؤيدها اغلب الفقه على اعتبار انها تمثل العلاج الناجع عند مخالفة القواعد القانونية المختلفة ، نجد بالمقابل من يرى

---

(١) وقد وضع القضاء عدة معايير لضبط هذا المفهوم الجديد في استبعاد الدليل المستمد من غير اجراء مشروع منها ، هل كانت المخالفة مقصودة للحصول على الدليل ؟ وهل هذه المخالفة على قدر كبير من الجسامة ؟ ومن هم الأشخاص الذين ارتكبوا المخالفة ؟ هل هم من اعضاء الضابطة العدلية ؟ وما هو نوع الجريمة وهل تعد من الجرائم الخطرة على المجتمع ؟ وهل كانت الوسيلة التي استخدمت في الحصول على الدليل هي الوسيلة الوحيدة المتوفرة ؟

(٢) ANDREWS " Invoiuntary confessions and illegaly obtained evedence in criminal cases " crime Lawrev , ١٩٦٣ , p٧٧ ، مشار اليه لدى د هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٥٨٠

(٣) ANDRES : Legal problems encountered by the British police · Inter crim · police Rev , no ٢٣٣ , p٢٦٦

(٤) Glanville Williams " The eclushonary rule in England " in police power and individual freedom , chicago , ١٩٦٢ , p١٠٥

(٥) وكان ذلك بمناسبة قضية (ماب) حيث لم تتردد المحكمة العليا في القول باستبعاد الدليل المستمد من تفتيش باطل وعدم الاستناد اليه في ادانة المتهم ، سواء بوشر التفتيش بواسطة موظف فدرالي او موظف ولاية. د . سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٤٦٦ د . هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ص٥٨١

ان في الاخذ بهذه القاعدة تقويض للاسس التي وضعت لحماية القانون ، لانه اذا كان من المهم عدم ادانة البريء فمن المهم ايضا ادانة المجرم رعاية للمصلحة العامة .

وبالرجوع الى التشريعات العربية نجد ان المشرع المصري قد حدد اثار الإجراء الجزائي الباطل في المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية والتي تنص على ما يلي " اذا تقرر بطلان أي اجراء فانه يتناول جميع الاثار التي تترتب عليه مباشرة ويلزم اعادته متى امكن ذلك "[١].

فطبقا للنص السابق فان اثر البطلان لا يمتد الى غير الإجراء الباطل الا اذا كان الإجراء تاليا ومترتبا عليه وتوجد بينهما علاقة سببية .

ففي الحالات التي اوجب فيها المشرع استجواب المتهم قبل حبسه احتياطيا ،فانه لا يترتب البطلان الا على الحبس وما قد ينتج عنه من ادلة مباشرة ، اما باقي الاجراءات الاخرى فانها قانونية .وكذلك الامر بالنسبة للاجراءات السابقة فانها لا تتاثر بالاجراء الباطل . وهذا ما سيتم بيانه بعد قليل عند الحديث عن مدى امتداد البطلان الى الاجراءت اللاحقة او السابقة على الإجراء الباطل[٢].

---

[١] كما تنص المادة ٣٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية اليمني على ما يلي " التقرير ببطلان أي اجراء يشمل بطلان كل الاثار المباشرة له ويتعين تصحيح هذا البطلان متى كان ممكنا منذ اخر اجراء تم صحيحا "

[٢] د . عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٤٣٧

المطلب الثاني

اثر بطلان الإجراء على الإجراءات السابقة

لما كانت الدعوى تتكون من مجموعة من الاجراءات المختلفة ، فان القاعدة العامة تقضي بان ينحصر اثر البطلان – حسب الاصل – في الإجراء المعيب دون غيره من اجراءات الدعوى الاخرى سواء كانت سابقة ام لاحقة عليه .

والواقع انه من الصعب الاخذ بالقاعدة السابقة على اطلاقها دونما استثناء ، الا في ظل اجراءات منفصلة عن بعضها البعض وغير مستندة الى الإجراء الباطل ، حيث تختلط هذه الاجراءات مع بعضها البعض وفق منظومة قانونية تتظافر في بناء الدعوى وصولا الى تحقيق غايتها للفصل في موضوعها .

من هنا برزت الحاجة الى دراسة اثر بطلان اجراء ما على باقي اجراءات الدعوى .

واذا سلمنا بمدى الاثر الذي يحدثه بطلان احد الاجراءات بباقي اجراءات الدعوى – وخاصة تلك المرتبطة به بعلاقة وثيقة وتستند اليه في وجودها ، فهل يوجد فرق في هذا المجال بين الاجراءات السابقة او اللاحقة على الإجراء الباطل ؟

يبدو ان اغلب التشريعات قد حسمت الامر فيما يتعلق بالاجراءات السابقة على الإجراء الباطل ، فقررت ان اثر البطلان لا ينسحب الى تلك الاجراءات باي صورة من الصور[١].

وجاء ظاهر نص المادة ٣/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على هذا المنوال عندما بينت ان اثر البطلان لا يمتد الى تلك الاجراءات ، حيث تنص على ما يلي " لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الاجراءات السابقة عليه . . . "[٢].

وتطبيقا لذلك فان ابطال محكمة الاستئناف الاردنية الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الاولى لعيب في الحكم لا يؤدي الى بطلان كافة الاجراءات السابقة له ، ولا تكون ملزمة باعادة اجراءات الدعوى من جديد ، فبطلان الحكم ينسحب اليه وحده ولا يتعدى الى اجراءات المحاكمة التي تمت وفق القانون[٣].

---

(١) يرى البعض ان هذه القاعدة من اوليات المنطق ولا تحتاج الى نص د . سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٤٦٩

(٢) يمكن استنتاج هذا الحكم كذلك من المفهوم المخالف للمادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية التي تنص على ما يلي " اذا تقرر بطلان أي اجراء فانه يتناول جميع الاثار التي تترتب عليه مباشرة " كما نصت على هذا الحكم المادة ٢٢٨ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي التي جاء فيها " لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الاجراءات السابقة عليه والاجراءات اللاحقة اذا لم تكن مبنية عليه .

(٣) اكدت هذا المعنى محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها . انظر على سبيل المثال : نقض ٣١ ديسمبر ١٩٥١ ، مجموعة احكام النقض ، س٣ ، ص٣٤٤ ، نقض ١٣ مايو ١٩٥٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ عاما ص١١٣٣ مشار اليه لدى د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٧٢ ، نقض ١٠ يونيه ١٩٥٢ ، مجموعة احكام النقض ، س٣ ص١٠٨١ مشار اليه لدى د . محمود-

كما ان بطلان الاستجواب لا يترتب عليه بطلان التفتيش السابق عليه او اجراءات التحقيق الاخرى ، وبطلان الحكم لعدم التسبيب لا يترتب عليه بطلان اجراءات الدعوى التي وقعت صحيحة قبل الإجراء الباطل ولم تتاثر به ٠

وبالرغم من وضوح النص السابق الذي يجزم بعدم تاثر الاجراءات السابقة بالاجراء الباطل فهل تعتبر هذه القاعدة غير قابلة لاي استثناء ؟ وما هو موقف الفقه من هذه المسالة؟

يبدو ان الذي لفت الانتباه الى هذه الناحية هو تلك الطائفة من الاعمال الاجرائية التي يتوقف نفاذها على اعلانها او تبليغها الى اصحاب العلاقة ٠

فقد ذهب جانب من الفقه الى القول بان القرار الذي يشترط المشرع اعلانه الى ذوي الشأن يعتبر باطلا اذا لم يتم مثل هذا الإجراء ، لان القرار ينشأ صحيحا تحت شرط واقف وهو الاعلان او التبليغ قبل مباشرة أي اجراء لاحق ٠[١].

في حين يرى جانب اخر من الفقه صحة الإجراء الذي لم يتم اعلانه ، لانه مستقل في وجوده عن الاعلان ولا يؤثر في صحته ٠ وبالنتيجة فالبطلان لا يشوب غير الاجراءات التالية للاجراء الباطل والمترتبة عليه ، وتنحصر اهمية الاعلان في مجال حساب مدد الطعن بالقرارات والاحكام القابلة للمراجعة حسب الاصول [٢] ٠

ويضيف اصحاب الرأي السابق ان قاعدة عدم تاثر الاجراءات السابقة على الإجراء الباطل قاعدة عامة ولا يوجد عليها استثناء ، وان اشتراط بعض التشريعات ضرورة تبليغ هذه القرارات والا اعتبرت باطلة ، لا يشكل استثناءعلى هذه القاعدة ؛ لان المشرع اعتبرها اعمالا قانونية مركبة ٠ بمعنى ان هذه القرارت لا تترتب عليها أي نتائج قانونية ما لم يتم تبليغها حسب الاصول ، فالقرارات والاعلان يعدان عملا قانونيا مركبا[٣].

اذا ، في ضوء النصوص الواردة في اغلب التشريعات الاجرائية فقد انقسم الفقه حول مدى جواز انتقال البطلان الى الاجراءات السابقة على الإجراء الباطل ٠

نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٣٥٥ ٠ وقضت في احد احكامها " ان كل ما يقتضيه بطلان التفتيش هو استبعاد الادلة المستمدة منه لا الوقائع التي حدثت يوم اجرائه ، فاذا كانت المحكمة قد اقامت الدليل على وقوع الجريمة من ادلة اخرى لا شأن للتفتيش الباطل بها ، وكان الاثبات بمقتضاها صحيحا لا شائبة فيه ٠ فان منع الطاعنه في في هذا الشان لا يكون له محل " نقض ٥ يناير ١٩٧٦ ، س٢٧ ص٢٦ مشار اليه لدى محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٦٠

[١] Dessaighe (Pierre) , op · cit , p ١١٦

[٢] د ٠ احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، المرجع السابق ، ص٣٧٣

[٣] د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٧٤ ٠ ويشير الى بعض النصوص المتعلقة بالقرارات الصادرة عن قاضي التحقيق والتي اوجب المشرع اخطار محامي المتهم بها ٠ كما ورد في المادتين ١٠ ، ١٢ من القانون الصادر في ٨ ديسمبر ١٨٧٩ ٠ وان ما ورد في هذا القانون استثناء ولا يقاس عليه في القوانين الاخرى التي لا يترتب البطلان على عدم اعلان قرارات سلطة التحقيق ٠

فمن اخذ بظاهر النصوص ، قال بمنع امتداد اثر البطلان الى الاجراءات السابقة بصورة قاطعة [١]. ومن اخذ بخلاف ذلك ، ميز بين ان تكون هنالك علاقة ارتباط بين الإجراء الباطل والاجراءات الاخرى سواء كانت سابقة ام لاحقة عليه[٢]. وبين ان يكون العمل اللاحق عنصرا من عناصر العمل السابق او شرطا من شروطه[٣].

فبطلان ورقة التبليغ يترتب عليه بطلان التبليغ نفسه ، وبطلان قرار الاحالة نتيجة لجهالة الاتهام يمتد ليشمل الاستجواب السابق طالما انه قد تم بناء على التهمة المجهلة الواردة في قرار الاحالة[٤].

وهنالك من يرى ، بان عدم انتاج الإجراء السابق او اللاحق للاجراء الباطل لاثاره القانونية لا يتم نتيجة لانتقال عدوى البطلان اليهما من هذا الإجراء ، وانما يعود ذلك الى اعتبار كل منهما مفترضا اساسيا من مفترضات العمل الباطل ٠ فبالرغم من صدورهما صحيحين فانهما لا يستطيعان انتاج الاثار القانونية التي من الواجب ان تترتب عليهما ليس بسبب امتداد البطلان اليهما وانما لوجود الرابطة القوية التي تجمعهما بالاجراء الباطل ، ويصبح من غير المجدي – عندئذ – بقاء العمل الصحيح على هذا النحو لعدم صلاحيته لانتاج اثاره[٥].

لقد كان المشرع الايطالي واضحا في شأن امتداد اثر البطلان الى باقي الاجراءات عندما نص في المادة ١٨٩ / ٢ من قانون الاجراءات على انه حين يؤثر القاضي بطلان

---

[١] او المفهوم المخالف لنص المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية المصري التي تقضي بان بطلان أي اجراء يتناول جميع الاثار التي تترتب عليه مباشرة ٠ من اصحاب الراي الذين قالوا بعدم انتقال اثار البطلان الى الاجراءات السابقة لينظر د ٠ عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص٣٧ ، د ٠ فوزية عبد الستار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني ، المرجع السابق ص٥١ ، د ٠ محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٤٥ ، د ٠ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٣٥٤ ، د ٠ ادوار غالي ، المرجع السابق ، ص٦٣٦ ، د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٧٦

[٢] د ٠ هلالي عبد اللاه ، المرجع الابق ، ص٥٦٩ ، د ٠ عدلي خالد ، المرجع السابق ، ص٥٥١ ، د ٠ مدحت الحسيني ، المرجع السابق ، ص٥٠ ، محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٦٠ ، د ٠ محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص٣٩٧

[٣] د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٨٤٣

[٤] يرى جانب من الفقه ان الامثلة التي تضرب في هذا المجال لا تشكل استنادا لهذه القاعدة ٠ فاعلان ورقة التكليف بالحضور ليس اجراء مستقلا عن الورقة ذاتها ٠ فهما يمثلان اجراء مركبا من عدة اجزاء ولا يصدر على كل جزء منها اصطلاح اجراء او عمل ٠ لذلك فان العيب الذي يلحق احدها يصيب الاخر بحكم انهما غير قابلين للتجزئة ٠ فهو بطلان ذاتي وليس مستمدا من اجراء اخر ٠ د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٨٤٤ ، د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٧٢ ، ومن القرارات المركبة التي اشار اليها اشتراط القانون في الطعن المقدم من غير النيابة العامة او من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في وجوب قبوله ان يودع مرافعه مبلغ ٢٥ جنيها كفالة تخصص لوفاء الغرامة المحكوم بها ٠ ففي مثل هذه الحالة لا يكفي تقديم الطعن لانتاج اثاره بل لا بد من ان يقترن بالكفالة المطلوبة٠

[٥] د ٠ نبيل اسماعيل عمر ، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات واثاره الاجرائية والموضوعية ، منشاة دار المعارف بالاسكندرية ، ط١٩٩٤ ، ص ص ١٨٥ – ١٨٨

الإجراء ، فانه يقرر من تلقاء نفسه ما اذا كان البطلان يمتد الى اجراءات سابقة او معاصرة مرتبطة بالاجراء الباطل • حيث يتحدد نطاق انتشار البطلان الى الاجراءات الاخرى بمدى الارتباط الموجود بينها •

والحقيقة ان ما اخذ به المشرع الايطالي يمثل توجها سليما طالما انه من المتصور تاثر الإجراء السابق بالبطلان الواقع على الإجراء اللاحق • فليس من الصواب القول بان هذه القاعدة جاءت مطلقة خالية من كل استثناء •

المطلب الثالث

اثر بطلان الإجراء على الاجراءات المعاصرة واللاحقة

اذا كانت مسالة انسحاب البطلان الى الاجراءات السابقة قد اثارت جدلا واسعا ، فان الامر على خلاف ذلك بالنسبة للاجراءات اللاحقة وغير المستقلة عن الإجراء الباطل •

فالقاعدة العامة في هذا الشان ان العمل الاجرائي يؤدي الى بطلان الاعمال اللاحقة المرتبطة به وغير المستقلة عنه[١].

وهذا ما اكدته المادة ٤/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي بينت بوضوح انه لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الاجراءات اللاحقة اذا لم تكن مبنية عليه ، لان كل ما بني على باطل فهو باطل •

ولا فرق في نطاق هذه القاعدة بين نوعي البطلان • فالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم يرتب نفس الاثر الذي يرتبه البطلان المتعلق بالنظام العام ضمن الاجراءات المرتبطة به[٢] لان عبارة المشرع جاءت مطلقة ولم تحدد نوعا معينا من انواع البطلان دون الاخر[٣].

على انه اذا توالت الاجراءات بعد الإجراء الباطل فليس من اللازم ان تبطل جميعها فالبطلان ينحصر – وفق القاعدة العامة – بتلك الاجراءات المبنية على الإجراء الباطل بغض

---

(١) د • مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٣٥٦

(٢) د • محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ٣٥٥ ، د • عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص٨٤ ، د • محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٣٧

(٣) د • عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص٣٧

النظر عن قربها الزمني او بعدها عن الإجراء الباطل • اما الاجراءات المنبة الصلة به فلا يمتد اليها البطلان[١]

من جهة أخرى لا يشترط في بطلان الاجراءات التالية ان تكون مبنية على الإجراء الباطل مباشرة ، بل قد يكون كل منها مبنيا على ما سبقه من اجراءات • وفي هذه الحالة ينصرف البطلان اليها جميعا ، ما قرب منها من الإجراء الاول وما بعد • وليس في هذا القول خروج على القاعدة السابقة طالما ان الارتباط متوافر بين هذه الاجراءات لان الإجراء الاول يحدث أثره في الإجراء الذي يليه مباشرة باعتباره مترتبا عليه فيجعله باطلا ، وهذا الإجراء يحدث أثره في الإجراء الذي يليه ، وهكذا حتى ننتهي الى الإجراء الاخير [٢]

والحقيقة انه اذا لحق البطلان أحد اجراءات الدعوى فانه يتناول جميع الاثار التي تترتب عليه مباشرة [٣] حيث يمتد البطلان الى الاجراءات التي ترتبط به برابطة نشوء أو سببية • بمعنى ؛ ان يكون الإجراء الباطل هو المنشئ او السبب للاجراء التالي بحيث لولاه لما وقع الإجراء الاحق •[٤]

أما بخصوص العلاقة التي تربط الإجراء المنعدم بالاجراءات المترتبة عليه ، فان الانعدام لا ينتقل الى الاجراءات الاخرى • ولا يؤثر الا في الإجراء الذي اصابه العيب دون سواه من الاجراءات، ومهما بلغت درجة الارتباط بينهما[٥].

معيار الصلة بين الاجراء الباطل واللاحق •

واذا كان الاجماع منعقدا على التسليم بأثر الاجراء الباطل في الاجراء اللاحق ،الا انه تثور – في هذا المجال– مشكلة المعيار او الضابط الذي يمكن الاخذ به في تحديد العلاقة التي يجب ان تربط بين العمل الاجرائي الباطل والاعمال اللاحقة التي ينساب اليها البطلان• ويمكن استعراض الاراء الفقهية التي وردت في هذا الشان على النحو التالي :

---

[١] وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية عندما قالت بان كل ما يترتب على بطلان القبض والتفتيش هو استبعاد الدليل المستمد منه • وهذا البطلان لا يستتبع بطلان اجراءات التحقيق الاخرى ، طالما كانت هذه الاجراءات منقطعة الصلة ، بالتفتيش الباطل • نقض ١٩٦٤/٤/٦ احكام النقض ، ص١٥ ، ص٢٣٧

[٢] د• عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٥٨٤

[٣] ينتقد جانب من الفقه عبارة المشرع المصري في المادة ٣٣٦من حيث قوله "ان البطلان يتناول جميع آثار الإجراء مباشرة لان الاجراءات المترتبة على الإجراء الباطل لا تعتبر اثارا له • فالاثر هو مجرد النتيجة القانونية التي يرتبها القانون على الإجراء الصحيح ، وهو بذلك يشيد بالنص الايطالي الذي جاء فيه ، انه اذا تقرر بطلان عمل ما فانه يؤدي الى بطلان الاعمال اللاحقة و المترتبة عليه • د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٧٩

[٤] د• عدلي خليل ، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥٥١

[٥] د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٨٢

- ذهب راي الى القول بانه يشترط لتاثير العمل الباطل في الاعمال اللاحقة له ان يكون من شان المخالفة القانونية التاثير باي وجه في السير اللاحق للخصومة او في اجراءاتها المستقلة تاثيرا جوهريا٠

وقد اخذ على هذا الرأي انه يوسع من نطاق هذه العلاقة ، فكل اجراء يؤثر في الإجراء اللاحق ولو بشكل بسيط ، فالقانون يتطلب وجود توافر علاقة تساند بين الإجراء الباطل وباقي الاجراءات وليس مجرد التاثير فيها [١].

- ويرى فريق اخر ان العمل الباطل يجب ان يكون مصدرا للعمل التالي له ، أي شرطا او مفترضا منطقيا له ٠

- ويرى فريق ثالث ، انه يجب ان تكون هنك رابطة بين العمل الباطل والعمل اللاحق بحيث يجد الاخير مصدره واساسه المنطقي في العمل الباطل ٠ سواء فيما يتصل بصحته او فيما يتصل بحقيقة الوقائع التي يثبتها٠

ويعيب هذا الراي انه يستند الى المنطق في تحديد العلاقة بين العملين ، وهذا المعيار غير القانوني لا يمكن الاخذ به للفصل في مسالة قانونية ٠ وهو معيار مرن فضفاض قد يؤدي تبنيه الى الوقوع في الزلل[٢].

- ويذهب راي آخر الى القول بان العمل اللاحق يعد مرتبطا بالعمل الباطل السابق عليه اذا كان الاخير – مقدمة ضرورية وشرعية – أي مفترضا او شرطا لصحته ، فلا يكتفي اصحاب هذا الراي بالاخذ بالعلاقة الظاهرية او المنطقية ، بل لا بد ان يكون العمل الباطل بمثابة مقدمة قانونية ضرورية لصحة وجوده ٠

وياخذ بهذا الراي اغلب الفقه ، حيث يمتاز باعتماده على حلول قانونية ، فالقانون وحده الذي يتولى بيان اهمية الإجراء الباطل بالنسبة للاعمال التالية عليه فاذا اوجب مباشرة اجراء معين قبل اخر بحيث يصبح الاول بمثابة السبب الوحيد للأجراء التالي ، كان الإجراء الاول شرطا لصحة الإجراء التالي ٠ واصبحت العلاقة بينهما قوية لدرجة تسمح بالقول بانتقال البطلان من الإجراء الباطل الى الإجراء اللاحق الذي بني عليه ٠[٣]

وفي اطار المعايير السابقة ، يفرق جانب آخر من الفقه بين ان يترتب الاجراء اللاحق على الاجراء السابق بصورة " قانونية " كما يذهب الى ذلك الراي الغالب في الفقه ، وبين ان يترتب الاجراء بصورة "فعلية" مباشرة ٠ وللمحكمة ان تستعين في بحث التأثير الواقعي او

---

[١] راي للفقيه دي مارسيكو ، مشار اليه لدى د ٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٨٤٩

[٢] راي للفقيه مانزيني ، مشار اليه لدى د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ن ص٣٨٣

[٣] د٠ أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ ، د٠ فتحي والي ، المرجع السابق ، ٦٧٧ ، ومن الفقه الفرنسي ، جـــارو ، المرجع السابق ، ص ٤٢٥

الفعلي من مجمل الظروف المحيطة بالاجرأين ، فاذا ثبت لديها انه لولا الاجراء السابق لماكانت نتيجة الاجراء اللاحق بالصورة التي جاءت بها ، قضت بامتداد البطلان الى الاجراء اللاحق . [١]

وفي فرنسا فقد نص المشرع في المادة ١٧٠ من قانون الاجراءات الجنائية على ان البطلان يلحق الإجراء المعيب والاعمال التالية له بصرف النظر عن توافر رابطة معينة بينهما. الا ان هذا النص ورد بشان اجرائين هما : الاستجواب والمواجهة . اما في غير هاتين الحالتين فقد بينت المادة ١٧٢ من نفس القانون ان لغرفة الاتهام تقرير مدى انتقال اثر البطلان الى الاجراءات السابقة او اللاحقة على الإجراء الباطل[٢].

وخلاصة الامر ، أن من الخطورة بمكان القول بان بطلان احد اجراءات الدعوى سيؤدي الى بطلان جميع اجراءاتها ، وبنفس الوقت فمن الخطورة قصر اثار البطلان على العمل الاجرائي المعيب اذا كان يشكل مقدمة ضرورية وشرعية للعمل اللاحق .

لذلك فان جانبا من الفقه يرى ضرورة اخذ الامور التالية عند تنظيم اثار البطلان:

- عدم اعلان بطلان اجراء معين الا اذا نص القانون على ذلك ، ولا يجوز هذا التقرير الا بناء على حكم او قرار قضائي[٣].
- ان يقوم القاضي بتجديد الإجراء الباطل كلما كان ذلك ممكنا وضروريا . وان يقوم بتصحيح العمل الباطل بعمل صحيح تال له.
- اعلان بطلان الاجراءات التالية والمترتبة على الإجراء الباطل ، بحيث يشترط في هذه الحالة ان يكون العمل الباطل هو السبب المباشر للاعمال الاخرى .
- اعلان بطلان الاعمال السابقة او المعاصرة اذا كانت مرتبطة بهذا الإجراء .

وبقيت في هذا المجال كلمة أخيرة حول الإجراء المعاصر او المصاحب زمنيا للاجراء الباطل فهل تنطبق عليه نفس المعايير السابقة ؟ ام انه يخضع لاعتبارات اخرى ؟

قد لا تاخذ الاجراءات المعاصرة نفس الاهتمام الذي تحظى به الاجراءات السابقة او اللاحقة لان الغالب الاعم ان يكون الإجراء اما سابقا او لاحقا على الإجراء الباطل . وبالرغم من ذلك فمن المتصور وقوع اجراءات معاصرة للاجراء الباطل وخاصة في نطاق

---

(١) د. سامي الحسيني ، معيار الصلة بين الاجراء الباطل والاجراء واللاحق ، المجلة العربية لعلوم الشرطة ، العـدد ٦٠ ، ص ص٦٢-٦٧

(٢) محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٦٤

(٣) لا شك ان الاخذ بهذه الخطوة يؤدي الى الاخذ بالبطلان القانوني فقط مع ما يمثله مثل هذا الراي من اوجه قصور . فالنظام المثالي هو الذي يجمع بين نوعي البطلان القانوني والذاتي .

اجراءات التحقيق عندما يقوم المدعي العام بانتداب اعضاء الضابطة العدلية للقيام باجراء أعمال التفتيش– مثلا– في حين يمارس هو باقي اجراءات الدعوى .

واذا كان من الصعب القول باعتماد الإجراء المعاصر للاجراء الباطل على الاخير . فانه اذا ثبت للقاضي وجود رابطة قوية بين الاجراءين ادت الى عدم توافر استقلال كل منهما عن الاخر جاز له في هذه الحالة ان يعلن بطلان الإجراء المعاصر(١).

المطلب الرابع

تحول الإجراء الجزائي الباطل

تعد نظرية تحول العمل الاجرائي – كما هي نظرية تحول العقد – من النظريات الهامة في القانون .

واذا انتقلنا – قليلا – الى رحاب القانون المدني نجد ان اساس نظرية تحول العقد قد ظهرت لدى الفقهاء الالمان منذ القرن التاسع عشر الى ان استقرت لديهم في المادة ١٤٠ من القانون المدني الالماني(٢).

ومؤدى هذه النظرية ان التصرف القانوني الباطل قد يتحول الى تصرف قانوني صحيح اذا توافرت فيه الشروط التالية :

اولا : ان يكون التصرف المبحوث في تحوله باطلا كله وليس في جزء منه . فالتصرف الصحيح لا يتحول الى تصرف اخر صحيح ولو افصح المتعاقدان انهما يؤثران التصرف الثاني . واذا كان التصرف باطلا في جزء منه وكان قابلا للانقسام ، فلا محل للقول بتحوله وانما نكون بصدد حالة انتقاص العمل حيث يبطل في شقه المعيب دون شقه الصحيح .

ثانيا : ان تكون العناصر الباقية والتي لم يصبها العيب مكونة وحدها لتصرف قانوني اخر يعرفه القانون ، ودون ان يضاف اليها عنصر جديد(٣).

ثالثا : ولما كانت الارادة اهم عناصر التصرف القانوني فانه لا بد ان تنصرف ارادة المتعاقدين الى التصرف الاخر الذي تحول اليه التصرف الاصلي .

---

(١) د . محمد الفاضل ، قاضي التحقيق ، المرجع السابق ، ص٣١٨

(٢) وقوام هذه النظرية ان العقد الباطل وان كان لا يرتب أي اثر من الاثار والتي كانت تبنى عليه لو كان صحيحا ، الا انه لا يوجد ما يمنع من ان ينتج عنه واقعة قانونية اخرى تختلف عن الاثار الاصلية . ويتحقق ذلك اذا توافر في العقد اركان عقد اخر كان المتعاقدان يقبلانه لو تبين لهما بطلان العقد الاصلي ، حيث يتحول العقد الباطل الى عقد اخر صحيح متى توافرت اركانه ، د . عبد الحكم فودة ، البطلان في قانون المرافعات المدني ، المرجع السابق ، ص٣٤٦ ، د . انور سلطان ، المرجع السابق ، ص١٨٨ ، وانظر كذلك المادة ١٦٩ من القانون المدني وهي تقابل المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري.

(٣) د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٨١٩ .

واذا كانت هذه النظرية مقررة بالاصل بالنسبة للتصرفات القانونية فهل تنطبق ايضا على الاعمال الاجرائية ؟ وهل يمكن الاخذ بها بالرغم من خلو التشريعات الاجرائية من النص عليها ؟ وهل يمكن تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني على العمل الاجرائي من باب القياس ؟

من الواضح ان نظرية التحول هي من النظريات العامة التي تسري على كافة الوقائع القانونية ، ويمكن الحديث عن تحول عمل اجرائي باطل اذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة تكون عملا قانونيا اخر .

وبالرغم من وضوح القاعدة السابقة الا انه لا يمكن الاخذ بكافة الشروط الواردة في نظرية التحول في التصرفات القانونية وخاصة الشرط الاخير المتعلق بضرورة توافر ارادة المتعاقدين نحو اثار العمل الاخر[١].

بالنتيجة يمكن القول بانطباق نظرية التحول على الاعمال الاجرائية رغم خلو التشريعات الاجرائية من النص عليها مع استثناء الشرط المتعلق بلزوم توافر ارادة المتعاقدين نحو الإجراء الجديد .

ويشترط لاعمال نظرية التحول في مجال الاعمال الاجرائية ان يكون بطلان الإجراء راجعا لعدم فاعليته لتحقيق الغرض الذي من اجله بوشر ، وان تتوفر في الإجراء الباطل الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون لاحداث اثرمعين يختص به اجراء اخر[٢]

ومن الامثلة على تحول بعض الاجراءات الباطلة الى اجراءات اخرى صحيحة

- قرار المدعي العام بتوقيف المتهم دون القيام باستجوابه ، يعد قرارا باطلا ، لكنه يتحول الى قرار صحيح بالقبض على المتهم . لان القبض لا يشترط ان يسبقه استجواب[٣]
- ان يباشر المدعي العام اجراءات التحقيق بدون كاتب . مثل هذا الإجراء يعتبر باطلا الا انه يتحول الى اجراء من اجراءات الاستدلال .
- ان يامر المدعي العام بحفظ اوراق الدعوى لعدم معرفة الفاعل ، ويامر بنفس الوقت باحالة القضية الى المحكمة . فالقرار الاخير جاء باطلا لانعدام المحل وهو المتهم ، ولكنه تحول الى قرار صحيح بالعدول عن قرار الحفظ[٤].

---

[١] د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٨٢٠

[٢] د . مامون سلامة ، المرجع السابق ، ص٩٩٥ ، د . هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٥٧٦

[٣] د . لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص٤٦٠

[٤] د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٩٢

- انتداب احد رجال الضابطة العدلية لسماع اقوال بعض الشهود وقيامه بهذه المهمة دون تحليفهم اليمين ، حيث يتحول هذا الإجراء الى احد اجراءات الاستدلال ويعد باطلا اذا نظرنا اليه كاحد اجراءات التحقيق[١].

وخلاصة الامر ، وبالرغم من ان هذه النظرية تعد من النظريات العامة في القانون فاننا نهيب بالمشرع الى الاخذ بها - صراحة - منعا لاي لبس او اختلاط. وفي ذلك ايضا تشجيع للقضاء لاعمال هذه النظرية التي خلت احكام المحاكم لدينا من العمل بها وهي - كما اسلفت - من النظريات التي تحد من اثار البطلان وتتمشى مع النظرة الحديثة نحو التقليل من اثاره طالما ان الإجراء المعيب يمكن ان يشكل بعناصره الصحيحة اجراء اخر غير مشوب باي عيب من العيوب .

---

(١) محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٦٨

المطلب الخامس
اعادة الإجراء الجزائي الباطل

لم ينص قانون أصول المحاكمات الجزائية على جواز اعادة او تجديد الإجراء الجزائي الباطل . ومن التشريعات التي نصت على هذا الحكم قانون الاجراءات الجنائية المصري ، حيث بينت المادة ٣٣٦ انه اذا تقرر بطلان أي اجراء لزم اعادته متى كان ذلك ممكنا . وهي تقابل المادة ٢/١٨٩ من قانون الاجراءات الجزائية الايطالي التي أوضحت ان على القاضي حين يقرر البطلان ان يأمر باعادة الاجراءات الباطلة متى كان ذلك ممكنا وضروريا [١]

ويقصد باعادة الإجراء ، استبعاد الإجراء الباطل عن طريق احلال اجراء آخر صحيح محله متى كان ذلك ممكنا وضروريا [٢]

واذا كان أغلب التشريعات التي نصت على اعادة او تجديد الإجراء قد بينت ان الاعادة تتم بعد تقرير البطلان ، فانه لا ارتباط بين تجديد الإجراء الباطل وتقرير البطلان ، وان كانت أهمية الاعادة تظهر بصورة أوضح في الحالة الاخيرة .

ويختلف موقف المحكمة من اعادة الإجراء الباطل عن المكنة الممنوحة لها في حالة تصحيح الاجراءات – كما سيتم بيانه بعد قليل – فالتصحيح جوازي قبل تقرير البطلان ، بينما يكون وجوبيا بعد تقريره وتلزم اعادة الإجراء وفقا للقواعد التي تحكمه . [٣]

ولاعادة الإجراء الباطل يلزم توافر الشروط التالية :

– **امكانية الاعادة** . لا بد أن تبقى الظروف الخاصة بمباشرة الإجراء قائمة ، فان زالت لم يكن بالامكان اعادة الإجراء . واستحالة التجديد اما ان تكون لسبب قانوني كسقوط الحق في مباشرة الإجراء ضمن الموعد المحدد قانونا . فان انتهى ذلك الموعد امتنع تجديد الإجراء ، واذا لم يكن للاجراء ميعاد محدد حددت المحكمة – وفق بعض التشريعات – ميعادا مناسبا له [٤]

---

[١] كما نصت المادة ٢٢٧ من قانون الاجراءات الاماراتي على ما يلي " يجوز تجديد الإجراء الباطل باجراء صحيح ولو بعد التمسك بالبطلان ، على ان يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء ، فاذا لم يكن للإجراء ميعاد معين في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتجديده ولا يعتد بالاجراء الا من تاريخ تجديده "

[٢] د. محمود نجيب حسني ،المرجع السابق ، ص٣٥٦ د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني ، المرجع السابق ، ص٥٢

[٣] د. مامون سلامه ، المرجع السابق ، ص ٣٥٧

[٤] انظر المادة ٢٣٧ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي المشار اليها سابقا

وينتج الإجراء المعاد أثره من وقت اعادته • وقد تكون الاستحالة عائدة لسبب مادي كتغير معالم مكان الحادث بالنسبة لاعادة المعاينة او وفاة الشاهد من اجل اعادة سماع اقواله او اجراء تشريح الجثة •[١]

- **ان تكون الاعادة ضرورية •**

ان تكون اعادة الإجراء ضرورية ، فاذا كانت الفائدة المرجوة من اعادة الإجراء الباطل قد تحققت من اجراء آخر صحيح فلا ضرورة لاعادة الإجراء الباطل •

وتجدر الاشارة الى ان اعادة الإجراء لا تقف عند حد الإجراء الباطل وانما تلزم ايضا اعادة جميع الاجراءات التي امتدت اليها سواء أكانت سابقة ام لاحقة ام معاصرة للاجراء الباطل [٢]

- **ان يقوم باعادة الإجراء من يملك قانونا مباشرته •**

فاذا زال اختصاص من باشر الإجراء فلا يملك اعادته ، فاكتشاف سلطة التحقيق العيب المبطل للاجراء بعد احالة الدعوى الى المحكمة يحول دون صلاحية هذه السلطة في اعادته حيث تكون الدعوى قد خرجت من حوزتها •

وأخيرا وقبل الانتقال الى موضوع تصحيح البطلان فاننا نهيب بالمشرع ان يدخل الى نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية الاحكام المتعلقة بنظريتي تحول الإجراء واعادته وجميع المحددات التي تساهم في الحد من آثار البطلان وفق النظرة التشريعية الحديثة • حتى يرسي قواعد هذه النظريات ضمن أحكام القانون ويشجع القضاء نحو الاخذ بها على اكمل وجه.

---

[١] د• جودة حسين جهد ، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الاماراتي ، المرجع السابق ، ص٣٥٠ ، د• مدحت الحسيني ، المرجع السابق ، ص ٥٤

[٢] محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٦٦

المبحث الثالث

تصحيح بطلان الإجراء الجزائي

تحدثنا في المبحثين السابقين عن كيفية التمسك ببطلان الإجراء الجزائي والآثار المترتبة عليه ٠ ونبين في هذا المبحث كيفية تصحيح البطلان باعتباره أحد الطرق المؤدية الى تفعيل دور القاعدة الاجرائية التي حدث الإجراء مخالفا لها ، وتنشيط الاخير للقيام بدوره الوظيفي على أكمل وجه ٠

ويقصد بالتصحيح ؛ ازالة البطلان ليصبح العمل الاجرائي صحيحا ، وذلك بتخليصه مما يشوبه من نقص أو عيب ، فيغدو الإجراء صحيحا مبرأ من كل عيب [١]

والواقع ان موضوع تصحيح البطلان قد أثار العديد من التساؤلات ٠ حيث يرى جانب من الفقه ان التصحيح هو الاعادة أو التجديد ٠ في حين يفرق جانب آخر بين العملين ٠ وقد ساعد عدم وضوح النصوص التشريعية - في التشريعات التي نصت على ذلك - في زيادة الابهام ٠

ولتجلية الموضوع ، وتمييز التصحيح عن غيره من النظم المشابهة ، فانه يمكن تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ٠ يخصص الاول لتمييز التصحيح عن غيره من النظم المشابهة ، في حين سيكون الثاني لبيان الاسباب المؤدية الى تصحيح بطلان الإجراء الجزائي ٠

المطلب الاول

التمييز بين تصحيح البطلان عن غيره من النظم المشابهة

ان تصحيح البطلان بمعناه الفني الدقيق لا ينشأ الا بعد مرور العمل الاجرائي بالمرحلة التي يوصف فيها العمل بالبطلان ، ويتحقق بتوافر أسبابه ٠ وهو امر موضوعي يطرأ على العمل الاجرائي الباطل ٠

وبالنتيجة فانه يختلف عن نظم اخرى مشابهة ، كموانع البطلان ، والاعفاء من آثاره ، وعدم نشوئه ٠ وبيان ذلك على النحو التالي :

---

[١] د٠ عبد الحكم فودة ، البطلان في قانون المرافعات المدنية ، المرجع السابق ، ص ٣١١ ، د٠ لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٤٦٣

أولا : الفرق بين التصحيح وموانع البطلان • لما كان تصحيح البطلان أمرا موضوعيا يطرا على العمل الاجرائي الباطل ، فانه يفترض وجود الحق في التمسك بالبطلان ، وذلك بخلاف موانع البطلان التي تتحقق باسباب تحول دون نشوء هذا الحق ابتداء [١]

وسبق الحديث عن موانع البطلان والمتمثلة بشرطي التمسك بالبطلان ، وهما انتفاء المصلحة وان لا يكون المتمسك هو المتسبب في وقوعه • وان توافر احد الشرطين يحول دون نشوء الحق في التمسك بالبطلان •

وبعقد مقارنة بين النظامين نجد انهما يختلفان في الوجوه التالية :

- ان وجود مانع من موانع البطلان يؤدي الى منع نشوء الحق في التمسك بالبطلان • اما التصحيح فيرد على الاجراء الباطل بعد نشوء الحق في التمسك به فيزيل آثاره فيغدو اجراء صحيحا •
- ان السبب في تصحيح البطلان مطلق يؤدي الى اعتبار العمل الاجرائي الباطل صحيحا ، وذلك في مواجهة الكافة • بخلاف موانع البطلان فهي ذات اسباب نسبية تحول دون التمسك بالبطلان الا لمن توافر في حقه انتفاء المصلحة او التسبب في حصول البطلان ، دون غيرهم من اطراف الدعوى ممن لا تتوافر لديهم هذه الاسباب •
- كما ان تصحيح البطلان يعود الى سبب موضوعي يتعلق بالعمل ذاته ، وذلك بخلاف موانع البطلان فهي تعود الى سبب شخصي يتصل بمن يريد التمسك بالبطلان •

والواقع ان أوجه الخلاف السابقة لا تعفي من القول بوجود اوجه للشبه بين النظامين تتمثل في انهما يحولان دون ترتيب آثار البطلان ويؤديان الى ان يصبح الإجراء في مأمن من تقرير البطلان • [٢]

ثانيا : الفرق بين تصحيح البطلان وعدم نشوئه •

قد يشكل الامر – احيانا – عندما لا يتطلب المشرع مراعاة بعض الشروط الخاصة بصحة العمل الاجرائي ، ولا يترتب على تخلفها تحقق البطلان •

ومن الامثلة على الاجراءات التي لا يترتب البطلان على مخالفة بعض الشروط الواردة فيها ، ما نص عليه المشرع في المادة ٢١٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، من أنه لا يجوز ابعاد المتهم عن الجلسة اثناء المحاكمة الا اذا وقع منه تشويش يستدعي ذلك ، وفي

---

[١] د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٠١

[٢] د• عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص ٨٢ د• محمد ابراهيم زيد ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧ ، محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١١٦ ، د• لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٤٦٦

هذه الحالة تستمر اجراءات الدعوى الى ان يمكن السير فيها بحضوره ، وعلى المحكمة ان تطلعه على ما تم في غيابه من اجراءات [١]

من الواضح ان اعفاء القانون للقاضي من استيفاء شروط معينة في الحالة السابقة لا يعني نشوء البطلان في اجراءاته • فالبطلان لم ينشأ قط ، وهذه الحالة تختلف بالتاكيد عن الحالة التي يتوافر فيها البطلان في اجراء معين فتتولى المحكمة تصحيحه على النحو السابق [١] [٢]

واذا حضر الظنين المحاكمة ثم انسحب منها لاي سبب كان ، او اذا غاب عن المحاكمة بعد حضوره احدى جلساتها تكون المحاكمة بحقه وجاهية ، وتعتبر كافة الاجراءات التي تباشرها المحكمة صحيحة ، ولا يستطيع الظنين الاحتجاج ببطلان الاجراءات التي تمت في غيابه غير المشروع •

والعلة في ذلك ليست في ان البطلان صححته اجراءات الدعوى ، بل لان القانون لم يرتب البطلان في هذه الحالة ، لانه اوجب على المحكمة ان تنظر الدعوى كما لو كان الظنين حاضرا [٣]

وخلاصة الامر ان هذه الحالات وتلك المشابهة لها لا يترتب على مخالفتها البطلان طالما ان المشرع لم يرد ذلك • وبنفس الوقت فانها لا تعد مخالفات جوهرية يمكن تطبيق البطلان الذاتي بشانها ، وهي تختلف بذلك عن حالات تصحيح البطلان الذي يطرأ على العمل الاجرائي بعد توفر سبب من اسبابه • [٤]

ثالثا :تصحيح البطلان والاعفاء من آثاره•

---

[١] تقابل الماد ٢٧٠ من قانون الاجراءات المصري • وقد اكدت هذا الحكم محكمة النقض المصرية عندما اعتبرت ان الاجراءات التي حصلت في غيبة المتهم كانها حصلت في حضوره • نقض ٧ مارس ١٩٤٩ ، مجموعة القواعد في ٢٥ عاما ، ج١ ، ص ٩٨ ، مشار اليه لدى د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٠٣

[١] ومن الحالات المشابهة ما نص عليه المشرع في المادة ١٦٢ من الاصول الجزائية والمتعلقة بصلاحيات المحكمة في عدم سماع الشاهد الذي تم الاستماع الى اقواله في المرحلة السابقة للمحاكمة اذا تعذر عليها الاستماع لاقواله لاي سبب

[٢] بعد ان كانت هذه المادة تحدد الحالات التي يجوز فيها للمحكمة الاستغناء عن الاستماع الى شهادة الشاهد توسع المشرع في هذه الحالات بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١

[٣] د• نظام المجالي ، قواعد حضور المتهم لاجراءات المحاكمة وأثر تغيبه على الاحكام الجزائية ، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في جامعة عمان العربية ، ص ١١ ، ويضيف ان الحكم الحضوري الاعتباري هو في حقيقته حكم غيابي لكن المشرع اعتبره حضوريا جزاء تغيب المتهم عن جلسات المحاكمة او بعضها • والعلة في ذلك هي للتخفيف من العيوب الموجهة الى الحكم الغيابي • وتختلف التشريعلت في مدى توسيع او تضييق حالات الحضور الاعتباري •

[٤] من الامثلة التي يضربها الفقه الايطالي ما ورد في المادة ١٥٠ من قانون الاجراءات التي نصت على ضرورة سماع الطلبات الشفوية للنيابة العامة وباقي الخصوم والا كانت الاحكام والاوامر باطلة • كما نصت المادة ٤٧٠ على ان للمحكمة ان تسحب من اوراق الدعوى اقوال النيابة او الدفاع التي يشوبها الاستطراد والانحراف عن الموضوع • وسلطة المحكمة لا تؤدي الى نشوء البطلان في مثل هذه الحالات • بتناين ، المرجع السابق ، ص ٤٣٨

الحالة الاخرى التي تتشابه في نتائجها مع تصحيح البطلان هي ، حالة الاعفاء من آثاره فبالرغم من ان الإجراء يصدر معيبا ومرشحا للبطلان ، الا ان المشرع يرى لاعتبارات معينة ، من أهمها تحقيق العدالة وعدم اطالة الدعوى دون مبرر ، اعفاء العمل الاجرائي من تحقق البطلان عليه • وفي مثل هذه الحالات ينشأ الإجراء معيبا الا ان القاضي لا يستطيع ان يقرر البطلان لاسباب ارادها المشرع [١]

ويتميز الاعفاء من آثار البطلان بانه يعود الى سبب كامن في العمل ذاته • اما التصحيح فهو امر طارئ على البطلان ، ويؤدي الى زوال هذه الصفة عنه • كما ان الاعفاء لا يكون الا بنص القانون ، اما التصحيح فلا يكون الا بناء على ظروف معينة في الدعوى [٢]

ومن تطبيقات الاعفاء من البطلان ما قررته المادة ٦٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية من انه على المدعي العام ان يفصل في الدفوع المقدمة اليه ، والمتعلقة بعدم الاختصاص او بعدم سماع الدعوى او بسقوطها او بان الفعل لا يستوجب عقابا ، خلال اسبوع من تاريخ الادلاء بها • ويكون قراره بهذا الشان قابلا للاستئناف للنائب العام ، ولا توقف هذه المراجعة سير التحقيق •

وتقابل هذه المادة المادة ١٦٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري التي اجازت لجميع الخصوم استئناف الاوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص ولا يوقف الاستئناف سير التحقيق • واكدت هذه المادة في نهايتها انه لا يترتب على القضاء بعدم الاختصاص بطلان اجراءات التحقيق [٣]

والاصل ان يترتب على مخالفة قواعد الاختصاص بطلان الاعمال الاجرائية التي تمت على يد سلطة غير مختصة ، الا ان المشرع قرر عدم بطلان الاجراءات السابقة على قرار عدم الاختصاص • والحكمة في ذلك واضحة حيث يتعذر في كثير من الاحيان اعادة اجراءات التحقيق ، كالتفتيش او الاستماع الى الشهود الذي ماتوا بعد الادلاء بشهاداتهم •

وتخضع القاعدة السابقة الى شرطين هما :

- ان يكون عدم الاختصاص شاملا الدعوى برمتها لا ان يقتصر على مجرد عمل اجرائي واحد او بعض اجراءات التحقيق ، حيث يترتب البطلان على مخالفته في هذه الحالة •

---

(١) د• فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٨

(٢) د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٠٥

(٣) كما نصت المادة ٣٤ من القانون الايطالي على انه لا يترتب البطلان على عدم مراعاة قواعد الاختصاص

- المقصود بالاجراءات هي اجراءات التحقيق الابتدائي دون اجراءات الاستدلال او البحث الاول التي يجريها رجال الضابطة العدلية[١].

وبالرغم من اوجه الاختلاف السابقة فانهما يلتقيان في النتيجة النهائية المتمثلة بعدم فعالية جزاء البطلان ٠

رابعا : التمييز بين التصحيح واعادة الإجراء ٠

يخلط البعض بين تصحيح البطلان واعادة الإجراء الباطل ، فقيل بان التصحيح يكون باعادة العمل الاجرائي مرة اخرى مع تلافي العيب الذي سبب البطلان[٢] ويرى جانب من الفقه ان التصحيح كالاعادة ، الا ان المحكمة هي التي تباشر التصحيح بنفسها[٣] ويضيف ، انه بالرغم من ان ظاهر نص المادة ٣٣٠ من قانون الاجراءات المصري يعطي صلاحية جوازية للمحكمة في اجراء التصحيح من تلقاء نفسها الا ان حكم التصحيح هو الوجوب ٠ فهي ان كان في وسعها ان تجري التصحيح ولم تفعل ، وكان لهذا الإجراء تاثير في قضائها غدى حكمها عرضة للبطلان[٤].

والواقع انه بالرغم من التشابه الكبير بين النظامين الا انهما يختلفان من حيث ان التصحيح يرد على العمل الباطل ذاته ، بينما تتم الاعادة عن طريق تجديد الإجراء واعادته مرة اخرى ٠ كما ان المشرع المصري فرق بين الحالتين عندما نص على الحالة الاولى في المادة (٣٣٥) بينما نص على الحالة الثانية في المادة (٣٣٦) [٥].

المطلب الثاني

اسباب تصحيح بطلان الإجراء الجزائي

يقر مشرعنا صراحة بجواز تصحيح الإجراء المعيب الذي يكون في مصلحة الخصوم٠ فوفقا للمادة ٢٧٤ /ب من قانون اصول المحاكمات الجزائية فان مخالفة الاجراءات المقررة لمصلحة الخصوم تؤدي الى البطلان اذا " لم يجر تصحيحها "[٦].

واذا كان حكم الفقرة السابقة ينحصر في الاجراءات المتعلقة بمصالح الخصوم ، فانه لا يعني ذلك ان الاجراءات المتعلقة بالنظام العام لا يجوز تصحيحها بل ان المحكمة تستطيع

---

[١] توسع المشرع في مفهوم هذه القاعدة ليشمل بالاضافة الى اجراءات التحقيق اجراءات المحاكمة فالمادة ٣٢٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية تقضي بصحة المعاملات التي اجرتها المحكمة والمحقق الذي قرر عدم اختصاصه .

[٢] د ٠ توفيق الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٣٧٩

[٣] د ٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٨٦

[٤] د ٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٨٧

[٥] د ٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٤٠٠

[٦] د ٠ معتصم مشعشع ، البحث السابق ، ص٤٢٠

القيام بهذه المهمة من تلقاء نفسها[١] • وعلى اية حال فانه يمكن تقسيم اسباب تصحيح البطلان الى اسباب عامة ، تشتمل على نوعي البطلان وهي :

- تحقق الغاية من الشكل او الاجراءالمعيب
- قوة الامر المقضي

واسباب خاصة بالبطلان المتعلق بمصالح الخصوم وهي :

التنازل والسقوط

الفرع الاول

الاسباب العامة

ان العمل الاجرائي عمل واع يهدف الى تحقيق غاية معينة • فان تحققت مثل هذه الغاية يغدو العمل صحيحا رغم ما اعتراه من عيوب • وبنفس الوقت فان قوة الامر المقضي تجعل من الحكم عنوانا للحقيقة ولا يجوز ابطاله • وبناء على ما سبق يمكن بيان هذين السببين من اسباب التصحيح وعلى النحو التالي :

اولا : تحقق الغاية •

يمكن استخلاص هذه القاعدة بمفهوم المخالفة من نص المادة ١/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي بينت ان الإجراء يكون باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه (البطلان القانوني) او اذا شابه عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء •

لقد سبق القول ان المقصود بالغاية – في بيان اسباب البطلان – هي الغاية من الشكل مجردا عن الظروف المحيطة بالدعوى ، وان العمل الاجرائي الاساسي او الجوهري هو العمل الذي يوجب القانون مراعاته ويترتب على تخلفه عدم تحقق الغاية ضمن المجرى العادي للخصومة •

اما المقصود من الغاية في صدد الحديث عن اسباب تصحيح البطلان فتعني تحققها في الظروف التي تمر بها الدعوى • بحيث يكون تحقق الغاية من الناحية المجردة هو مناط الشكل ، وعدم تحقق الشكل من الناحية الواقعية هو مناط تصحيح البطلان او عدم تصحيحه (٢).

---

(١) د • عبد الحكم فودة ، البطلان في قانون الاجراءات الجنائي ، المرجع السابق ، ص٤٧٨ ، د • مامون سلامة ، المرجع السابق، ص ٣٥٤

(٢) د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٤١٥ ، ويرى جانب اخر من الفقه ان التحقق فيما اذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت يتم في كل حالة على حدة أي وفقا لظروف كل دعوى وليس بصورة مجردة ، د • فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص٤٠٤ ، وهو يضيف ان المشرع المصري اراد بتقنينه لفكرة الغاية في قانون المرافعات ان يقنن ما انتهى اليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا في اخذه بشرط الضرر • حيث يعني الاخير عدم تحقق الغاية في الحالة المعنية وليس من الناحية المجردة.

ويكمن اساس القاعدة السابقة في نظرية التعسف في استعمال الحق ٠ وهي نظرية تتفق مع فكرة النظام القانوني باعتباره وحدة واحدة تهدف الى تحقيق المصلحة العليا وموازنتها بمصالح الافراد ٠

والراجح ان هذه النظرية هي الاساس السليم لمبدا تصحيح البطلان وتتحقق الغاية منه، فمتى تحققت الغاية امتنع على الخصم التمسك بالبطلان ٠ والحقيقة ان هذه النظرية تمليها ايضا فكرة السلطة التقديرية للقاضي التي تتقيد دائما بالغاية المخصصة لها ٠ وهي نتيجة ضمنية لمبدا وسيلية الاشكال[١].

ويمتد نطاق هذه القاعدة الى البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصالح الخصوم على حد سواء ٠ وغني عن البيان ان مجال هذه القاعدة محصور في البطلان الشكلي دون البطلان الموضوعي ، كما لا يتم تطبيق هذه القاعدة عندما لا يوجد العمل الاجرائي او عندما يكون منعدما ٠

ويشترط ان تتحق الغاية بالنسبة الى جميع خصوم الدعوى ، لا بالنسبة الى احدهم ٠ حيث يعتبر تحقق الغاية سببا موضوعيا يتعلق بالعمل الاجرائي وليس سببا شخصيا يتعلق بخصم دون اخر[٢] ٠

ومن تطبيقات القاعدة السابقة ما يلي :

– حضور المتهم بناء على بطلان اوراق التبليغ ٠

هذا ما اوضحته المادة ١١٠ /٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية ، فبطلان اوراق تبليغ الدعوى ، ومذكرات الدعوى الناشئة عن عيب في التبليغ او اجراءاته او في تاريخ الجلسة ، يزول بحضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة او بايداع مذكرة بدفاعه ٠ وقد اكدت على هذا المعنى المادة ٣٣٤ من قانون الاجراءات المصري التي بينت ان حضور المتهم او وكيله الجلسة ،لا يبيح له التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور ، وانما له ان يطالب تصحيح التكليف او استيفاء أي نقص واعطائه ميعادا لتحضير دفاعه قبل البدء في سماع الدعوى ، وعلى المحكمة ان تجيبه الى طلبه[٣]

ومن الاهمية بمكان التفريق بين الاشكال الاجرائية في ورقة التبليغ التي يقصد بها حضور المتهم في الجلسة المحددة ، وتلك البيانات التي يقصد من توافرها تحقيق غايات

---

[١] د ٠ وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص٤٤٨

[٢] د ٠ عبد الحكم فودة ، البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٤٧٨

[٣] ليس لهذا النص مقابل في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ولا يجد ما يمنع من الاخذ بالاحكام الواردة في قانون اصول المحاكمات المدنية ، سيما وان هذا الحكم يتفق مع المنطق القانوني السليم ، وطالما ان الغاية من الإجراء قد تحققت بحضور المتهم فلا داعي لاعلان بطلان التبليغ ٠ د٠ لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص ٤٨٩

أخرى مثل ، تمكين المتهم من اعداد دفاعه والعلم بالتهمة المسندة اليه على نحو كاف . فالبطلان المترتب على اغفال البيانات الاولى هو الذي يتم تصحيحه وتتحقق الغاية منه في حضور المتهم الجلسة . اما البيانات الاخرى فلا يؤدي حضوره الى تصحيحها .

واذا تم تبليغ المتهم تبليغا باطلا ولم يحضر الجلسة المعينة للمحاكمة ، ثم قامت المحكمة باعادة التبليغ وحضر في المرة الثانية ، فان حضوره لا يصحح التبليغ الاول ، لان المراد بالحضور الذي يصحح البطلان هو ذلك الحضور المبني على التبليغ الباطل ذاته لا على تبليغ آخر(١)

- ومثال آخر . نصت المادة ٢٣٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على جواز تعديل المحكمة للتهمة وفقا للشروط التي تراها عادلة . على ان لا ينبنى هذا التعديل على وقائع لم تشملها البينة المقدمة .واذا كان التعديل يعرض المتهم لعقوبة اشد تؤجل القضية للمدة التي تراها ضرورية لتمكين المتهم من تحضير دفاعه عن التهمة المعدلة . وواجب التنبيه الوارد في هذه المادة ضروري ، ويشكل دفعا جوهريا يمس حقوق الدفاع ، ويترتب على مخالفته بطلان تعديل التهمة.

ومع ذلك فانه لا يكون هنالك اخلال بحقوق الدفاع اذا كانت الواقعة التي تضمنها الوصف الجديد قد تم طرحها في جلسات المحاكمة ، وتناقش فيها الخصوم ، وتطرق اليها الدفاع في مرافعاته وطلباته . ففي هذه الحالة – والامثلة المشابهة – تحققت الغاية من التنبيه وهي تمكين المتهم من ابداء دفاعه على اساس التعديل الذي اجرته المحكمة وبالتالي صحح البطلان الذي ترتب على اغفال المحكمة لهذا الإجراء .

- وفقا لمبدا الشفوية ، للمحكمة ان لا تعتمد الا على اقوال الشهود الذين تسمعهم في الجلسة وتطرح اقوالهم على بساط المناقشة(٢).

ومع ذلك يجوز لها ان تتلو شهادات الشهود الواردة في التحقيقات الاولية اذا تعذر احضارهم في دور المحاكمة . ويمكن للمحكمة ان تكتفي بشهادة شاهد او اكثر وتعتمد على اقوال الاخرين الواردة في التحقيقات الاولية ، ولا يؤدي عدم سماع بقية الشهود الى بطلان الاجراءات . وتقضي المادة ٢٨٩ من قانون الاجراءات المصري باعفاء المحكمة من واجب الاستماع الى الشهود متى تنازل المتهم ومحاميه عن سماعهم.

---

(١) د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٢١

(٢) تنص المادة ١٤٨ /١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على ما يلي " لا يجوز للقاضي ان يعتمد الا البينات التي قدمت اثناء المحاكمة وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية "

واخيرا ، يرى جانب من الفقه ان تصحيح البطلان يتم باكمال العمل الاجرائي الباطل عن طريق اضافة الشكل الناقص اليه • كما لو كان الاعلان باطلا بسبب نقص بيان معين فيتم اكماله باعلان اخر مستوف لهذا البيان[١].

وبالمقابل ، يرى جانب اخر ، اننا لسنا بحاجة الى الراي السابق طالما ان الإجراء الناقص يتم تصحيحه عن طريق تحقيق الغاية منه ، فان تحققت الغاية من الإجراء عن طريق الإجراء الاخر صحح البطلان لا بسبب التكملة وانما بسبب تحقق الغاية من الإجراء[٢] .

ثانيا : تصحيح البطلان اعمالا لقوة الامر المقضي

تقضي القاعدة الاصولية في هذا المجال ان الحكم ان حاز قوة الامر المقضي اصبح عنوانا للحقيقة ، لا تجوز المجادلة فيه او تخطئته او ابطاله باي طريق[٣].

وتعد حجية الشيء المحكوم به قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس تفيد ان الحكم صدر صحيحا بما ورد فيه • فاذا شابه عيب مبطل او شاب الإجراءات التي بنى عليها مثل هذا العيب ، ولم يقم اصحاب المصلحة باثارة هذا الدفع ولم تقم المحكمة باجراء التصحيح في الحالات التي يسمح لها به واكتسب الحكم الدرجة القطعية، لم تستطع بعد ذلك أي جهة المساس بهذه الحجية حفاظا على استقرار المعاملات والمراكز القانونية التي تحددت بناء على هذه الاحكام •

وما ينطبق على الاحكام ينطبق على قرارت منع المحاكمة ، التي تحوز حجية بعد التصديق عليها من قبل النائب العام ، اوتلك القرارات الصادرة في جناية وتم الطعن بها امام محكمة التمييز •

فبعد اكتسابها الحجية لا يجوز الطعن بها باي طريق من طرق الطعن وتصبح عندئذ صحيحه • مع الاشارة الى الحجية المؤقتة التي تتمتع بها هذه القرارت عند اعادة فتح التحقيق من جديد لظهور ادلة جديدة •

فاذا قررت النيابة العامة منع المحاكمة استنادا الى شهادة باطلة ، واصبح القرار غير قابل للمراجعة ثم ظهرت أدلة جديدة ، تتوافر فيها شروط الادلة الجديدة الموجبة لاعادة فتح التحقيق ، فان للمحكمة ان احيلت اليها الدعوى ان تقرر بطلان هذه الشهادة متى زالت

---

[١] د • فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٦٠٩

[٢] د • عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٤٨٢ ، د • احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٤٢٣ ، د • لؤي حدادين ، المرجع السابق ، ص٤٩١

[٣] د • عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص٤٨٣

الحجية المؤقتة عن القرار ، وأصبحت الدعوى بجميع ادلتها السابقة لقرار منع المحاكمة والادلة الجديدة تحت بساط البحث [١]

الفرع الثاني

الاسباب الخاصة

وهذه الاسباب لا ترد الا على البطلان المتعلق بمصالح الخصوم • وهي التنازل والسقوط

اولا : التنازل

يقصد بالتنازل ، اعلان ممن شرع البطلان لمصلحته بعدم رغبته في توقيعه صراحة او ضمنا •

اشارت الى ذلك ، الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على ما يلي " يزول البطلان اذا تنازل عنه منه شرع لمصلحته صراحة او ضمنا وذلك باستثناء الحالات التي يتعلق فيه البطلان بالنظام العام "

ولا يثير التنازل الصريح اية اشكالية شريطة ان يكون محدد وواردا على الإجراء الباطل وصادرا ممن شرع البطلان لمصلحته • ولكن هل يجوز التنازل عن البطلان قبل حصوله ؟ ان مثل هذا التصرف يعتبر باطلا لانعدام محله وسببه[٢]• على ان ذلك لا يحول دون التنازل عن الضمانات التي شرعت من اجل حماية المصلحة الخاصة للخصم • وفي هذه الحالة لا يقال بوقوع بطلان صححه التنازل ، وانما نقول بان البطلان لم يقع بالتنازل عن الشكل الذي فرضه القانون لمصلحة المتنازل •

اما التنازل الضمني فهو سلوك ممن شرع البطلان لمصلحته يدل على استعداده للتنازل عن التمسك به ، وهو امر يعود تقديره لمحكمة الموضوع دونما رقابة لمحكمة التمييز عليها الا من حيث سلامة الاسباب والاستدلال •

وقد كان المشرع واضحا في قبوله التنازل الضمني – وفق ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة السابعة المشار اليها سابقا– وذلك عن طريق أية صورة او تصرف تستطيع المحكمة الاستدلال بها عن توجه ارادة صاحب التمسك بالبطلان في التنازل عنه •

---

[١] لمزيد من التفصيل حول حجية قرار منع المحاكمة انظر سميح المجالي ، المرجع السابق ، ص ص٩٩- ١٠٨ مع الاشارة الى تواتر القضاء الاردني على حرمان النيابة العامة من حقها في وزن البينة ، د. نائل عبد الرحمن ، دور النيابة العامة في وزن البينات ، ص ٢١

[٢] يفرق فقهاء قانون الاصول المدنية بين النزول عن الحق في التمسك ببطلان عمل معين ولسبب معين • ومثل هذا الاتفاق جائز • اما النزول العام غير المحدد من التمسك بالبطلان فهو غير جائز لانه يقع دون العلم باسباب البطلان • انظر د • فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٦٧٥

ولكي يكون التنازل صحيحا يشترط فيه ما يلي :

- ان يصدر التنازل ممن شرع البطلان لمصلحته . فاذا صدر من الغير فانه لا يرتب اثرا ولا يعتد به .
- توافر اهلية التنازل .
- توافر ارادة التنازل . فان لم توجد مثل هذه الارادة فلا نكون بصدد تنازل عن البطلان بالمعنى الصحيح .

واخيرا ، فان وقع التنازل صحيحا انتج اثره في مواجهة الكافة ، وهو تنازل بات لا رجوع فيه ، ولا يجوز العودة عنه في أي مرحلة من مراحل الدعوى طالما كان صحيحا مستوفيا لشروطه.

واذا وقع عيب جديد في الاجراءات اللاحقة فانه يتعين للاعتداد بالتنازل ان يصدر تنازل جديد حتى لو كان العيب الجديد مماثلا للعيب الذي سبق التنازل عن البطلان المترتب عليه[١]

ثانيا : السقوط

تنص بعض التشريعات على سقوط الحق بالتمسك بالبطلان اذا لم يتم الاعتراض على العمل الاجرائي المعيب في حينه .[٢]

فالمادة ٣٣٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري تقضي بانه في غير الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام يسقط الحق في الدفع ببطلان الاجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائي او التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات اذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء في حضوره بدون اعتراض منه . اما في المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحا اذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يكن معه محام في الجلسة ، وكذلك الامر يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة اذا لم تتمسك به في حينه ، كما يسقط حق المتهم بالمطالبة بابطال تكليفه بالحضور اذا حضر الى الجهة طالبة الحضور بالفعل [٣]

وبالرغم من خلو القانون الاردني من نص مشابه لنص المادة ٣٣٣ من قانون الاجراءات المصري ، فانه في ظل المادة ٣/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية لا بد لمن يريد التمسك بالبطلان الذي شرع لمصلحته ان يعترض على الإجراء المعيب حتى لا يعتبر سكوته تنازلا ضمنيا منه عن التمسك ببطلان الإجراء المعيب .

---

(١) د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص٦٨٤

(٢) ليس لهذا النص نظير في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني

(٣) وفي هذا الاتجاه تقرر محكمة التمييز ان حضور المتهم امام المحكمة دون الاعتراض على التبليغ المخالف لنص المادة ١٩٨ يؤدي الى عدم بطلان التبليغ لان يعتبر تنازلا عن الحق في الاعتراض على التبليغ . تمييز جزاء ٥٥/٣ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٥٥، ص ٧٥

وعلى أية حال فانه يترتب على التمييز بين التصحيح عن طريق السقوط والتصحيح عن طريق التنازل نتيجتان هامتان هما :

- يفترض التنازل علما بالعيب الذي لحق الإجراء فاذا ثبت عدم العلم به لم ينتج التنازل أثره بخلاف التصحيح بالسقوط فانه يتم بقوة القانون ، وبغض النظر عن عدم علم صاحب الشأن بالعيب المؤدي للبطلان • كما لا يحول دون السقوط ان يكون صاحب الشأن غير أهل للتنازل •

- ان المحكمة مقيدة بحالات السقوط بما ورد في القانون وليس لها ان تقيس عليها حالات أخرى • فهو طريق استثنائي لتصحيح البطلان ولا يجوز القياس عليه [١]

وأخيرا ، فانه لا بد من مطالبة المشرع باضافة نصوص صريحة تقضي باعادة الاجراء الباطل وتصحيحه ، تمشيا مع النظرة الحديثة في موضوع البطلان ، التي تقضي بضرورة التقليل من حالاته قدر الامكان •

ويمكن اضافة النص التالي الى نصوص القانون ، ليسد نقصا حاصلا فيها " يصحح الاجراء الجزائي الباطل كلما كان ذلك ممكنا ولازما ، ولا يعتد بالاجراء الا من تاريخ تصحيحه "

---

[١] د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٢٨

الباب الثالث

تطبيقات الإجراء الجزائي الباطل

تمر الدعوى الجزائية بمرحلتين هامتين هما : مرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) • وتتخذ سلطات التحقيق الابتدائي وقاضي الحكم خلالهما العديد من الإجراءات التي تشكل في مجموعها بناء الدعوى •

واذا أُريد لهذه الإجراءات أن تباشر بشكل صحيح وموافق للقانون ، فلا يكفي أن يبين المشرع شروطها وأحكامها ، بل لا بد من تفعيل نظام الجزاءات الإجرائية بصورة أفضل ، وبما يحقق التوازن بين المصلحة العامة ، في أن لا يفلت مجرم من العقاب ، ومصلحة الأفراد بان تصان حقوقهم وحرياتهم التي كفلها القانون •

وقد تصدى القضاء لهذه المهمة ، عن طريق تقرير بطلان كل اجراء يخالف قاعدة جوهرية من قواعد القانون ، أو يهدر حقا من حقوق الأفراد •

واذا كان الاختلاف في الاجتهاد القضائي من الظواهر الصحية ، فان التناقض الكبير في أحكام المحاكم بشأن المسالة الواحدة يؤدي الى نتائج عكسية • فالملاحظ بشأن قرارت محكمة التمييز انها تأتي متناقضة في كثير من الاحيان ، وخلال فترات زمنية متقاربة ،دون وجود تعديل في نصوص القانون تبرر مثل هذا الاختلاف ، وخاصة في موضوع البطلان ، الامر الذي يضر بالعدالة ويزعزع الثقة بالقضاء •

فعلى سبيل المثال ، صدرت عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بشان شهادة الصغير غير المميز قرارات متناقضة خلال مدد زمنية متقاربة ، يمثل كل منها اتجاها معاكسا للاخر ، جعلت الباحث والمحاكم الدنيا وكل المهتمين في حيرة من امرهم •

والاصل ان تعطي احكام القضاء مؤشرا للمشرع كي يتدخل عندما يرى ضرورة تقنين ما تواضعت المحاكم على اعتبار مخالفته امرا موجبا للبطلان • لكن ما يجري في الواقع يظهر مدى التباين بين الاجتهادات القضائية والتعديلات التي تتم بموجب القانون ، الامر الذي يستلزم دراسة هذه القرارات في ضوء استعراض بعض الاحكام العامة للاجراءات المتعلقة بها ، سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أو النهائي • وان ايراد اجراء في مرحلة معينة لا يعني أنه من غير الممكن اتخاذه في المرحلة الاخرى ، ولكن جرى التقسيم على الغالب •

وبناء على ما تقدم سيتم دراسة هذا الموضوع في فصلين :

الفصل الاول : مخالفة الإجراء الجزائي لقواعد التحقيق الابتدائي

الفصل الثاني : مخالفة الإجراء الجزائي لقواعد مرحلة المحاكمة

الفصل الاول

مخالفة الإجراء الجزائي لقواعد التحقيق الابتدائي

تهدف مرحلة التحقيق الابتدائي الى جمع ادلة الدعوى ، وتقدير هذه الادلة من حيث التهمة المنسوبة للمتهم ، حتى لا يطرح على سلطات الحكم غير التهم المرتكزة على اساس متين من الوقائع والقانون[١].

ولم يقم المشرع بتعريف التحقيق الابتدائي ، ولم يطلق مثل هذه التسمية على الاجراءات التي وردت ضمن هذه المرحلة من مراحل الدعوى[٢].

وفي المجال الفقهي ، يرى البعض أن للتحقيق الابتدائي معنيين : احدهما عام ينصرف الى جميع الاجراءات التي تهدف الى جمع الادلة في الدعوى الجنائية قبل احالتها الى المحكمة المختصة . وآخر خاص ينصرف الى الاجراءات التي تحتكرها سلطة التحقيق وحدها ولا تدخل في اختصاصات غيرها الا ضمن احوال معينة[٣].

ويرى الفقيه الفرنسي(برادل) Pradel ان التحقيق الابتدائي عبارة عن مجموعة من الاجراءات التي تحرك بها الدعوى الجنائية ، والاجراءات التي يقوم بها قاضي التحقيق بالدرجة الاولى وغرفة الاتهام بالدرجة الثانية ، وجمع العناصر اللازمة لاجراء المحاكمة ، وجميع العناصر المتعلقة بشخصية المتهم[٤].

والواقع انه على اختلاف التعريفات – الواردة في هذا المجال – فانها تدور حول مضمون واحد وان اختلفت في ترتيب عناصره . ويمكن القول بان التحقيق الابتدائي " عبارة عن مجموعة من الاجراءات القضائية ، تباشرها سلطة التحقيق ، بالشكل المحدد قانونا ، بهدف كشف الحقيقة في جريمة ارتكبت . عن طريق جمع الادلة وتحديد مدى كفايتها في احالة الدعوى الى الجهة القضائية المختصة بالمحاكمة . او اصدار قرار بمنع المحاكمة او اسقاط الدعوى وفقا لمقتضى الحال[٥].

---

[١] د . جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ج٢ ، المرجع السابق ، ص٢٢٢

[٢] وكذلك الامر بالنسبة للمشرع المصري ، فلم يستعمل مصطلح التحقيق الابتدائي ، وانما جاء بكلمة التحقيق مجردة من أي وصف ومن التشريعات التي نصت على هذه المرحلة ، المشرع العراقي في المادة ٥١ من قانون الاصول الجزائية

[٣] د . جلال ثروت ، نظم الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٥١

[٤] Pradel (J) Linstruction preparatoire ca Jas , ed ١٩٩٠ P . ٨

[٥] في تعريف التحقيق الابتدائي انظر على سبيل المثال ، د . رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص٢٨٣ ، د . محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ٢٥٥ ، د . حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص٣٣٠ ، د . د . احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٧٣٦ ، د . مامون محمد سلامة ، المرجع السابق ، ص٤٩٩ ، د . عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص٢٧٨ ، د . توفيق

وتتسم هذه المرحلة بخصائص معينة ، اهمها انها تتالف من نوعين من الاجراءات : الاولى خاصة بجمع الادلة المثبتة او تلك النافية لها ٠ والثانية خاصة بالاحتياطات المتخذة قبل المتهم لمنعه من الهرب او التاثير في الادلة ٠

والاجراءات المتعلقة بجمع الادلة لم ترد على سبيل الحصر ، بل لسلطة التحقيق ان تستعين باية وسيلة مشروعة في سبيل الكشف عن الحقيقة[١].

كما تتميز اجراءات التحقيق بانها ذات طبيعة قضائية ٠ تمارس من قبل سلطة خولها المشرع مثل هذه الصلاحية ، ولا تمارس من غيرها الا ضمن حالات استثنائية ٠

ومن سمات هذه المرحلة التدوين ، والسرية ٠ واذا كانت السمة الاولى تشمل جميع اجراءات الدعوى عبر مراحلها المختلفة ، فان سمة السرية لا تطبق حسب الاصل الا في مرحلة التحقيق الابتدائي ٠

وعلى اية حال فانه سيتم اختيار طائفة من هذه الاجراءات ، لابين من خلالها التطبيقات العملية لاحكام المحاكم في مجال البطلان ، مبتدأ قبل ذلك بالحديث عن خصيصة التدوين ، بوصفه ركنا اساسيا من اركان كافة الاجراءات الابتدائية و النهائية ٠ وتاسيسا على ما تقدم يمكن تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية :

- المبحث الاول : مخالفة الإجراء لقاعدة التدوين
- المبحث الثاني : بطلان الاستجواب
- المبحث الثالث : بطلان القبض
- المبحث الرابع : بطلان التفتيش
- المبحث الخامس : بطلان التوقيف
- المبحث السادس : بطلان الشهادة
- المبحث السابع : بطلان الاعتراف

الشاوي ، المرجع السابق ، ج١،بند رقم ٨٨ ، د ٠ عبد الفتاح الصيفي ، تاصيل الاجراءات الجنائية ،دار المدى للمطبوعات ، ط٢٠٠٢ ، ص٢٩٤

[١] د ٠ هلالي عبد اللاة ، المرجع السابق ، ص١٠

المبحث الاول

مخالفة الإجراء لقاعدة التدوين

تعد الكتابة من الخصائص الرئيسية لكل اجراء من اجراءات الدعوى • فالتدوين يشمل كل ما يتم اتخاذه من اجراءات وقرارات واقوال يدلي بها اطراف الخصومة واي شخص يتم الاستماع اليه او القيام باي اجراء في مواجهته (١).

فتدوين الاجراءات والقرارات التي يتم اتخاذها خلال التحقيق شرط جوهري لا تقوم لها بدونه قائمة ، وتعتبر منعدمة• فالمشرع لم يقصد من اشتراط كتابة الاجراءات اثبات ما تم اتخاذه فيها فقط ، بل ان الكتابة مطلوبة لذاتها ، والدليل على ذلك انه لا يجوز في حالة فقدان الاوراق التي تحتوى الاجراءات اقامة البينة على حصولها بوسيلة اخرى(٢).

والواقع ان المشرع الاردني لم ينص على وجوب تدوين اجراءات التحقيق والقرارات الصادرة عن سلطة التحقيق خلال هذه الفترة بشكل واضح وصريح(٣)• الا ان هذا الامر يمكن استنتاجه بحكم اللزوم العقلي من نص المادة ٦٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية التي تبين الاجراءات التي يقوم بها المدعي العام عندما يمثل امامه المشتكى عليه ، وان يقوم بتنبيهه ان من حقه ان لا يجيب عن التهمة الموجهة اليه الا بحضور محام ، ويدون هذا التنبيه في محضر التحقيق • كما اشارت الفقرة الثالثة من نفس المادة الى ان الافادة التي يدلي بها المشتكى عليه يتم تدوينها من قبل الكاتب وتوقع من قبل المشتكى عليه ويصادق المدعي العام والكاتب على ذلك•

---

(١) Stefani (G) ,Levasseur (G) Bouloc (B) · Op cit , P٦٢٦

(٢) يرى جانب من الفقه ان اهمية الكتابة تكمن في تاكيد حصول الإجراء وعدم المنازعة في وقوعه • والواقع ان المشرع لم يهدف من شرط التدوين او الكتابة وسيلة اثبات فقط وانما تعد الكتابة جزءا من الإجراء ولا يعتد به بدونها • ولو سلمنا بالقول السابق لتم التدليل على حصول الإجراء بوسيلة اثبات اخرى كالشهادة • فالمحاضر المحتوية على الاجراءات لا يجوز اثبات ما يخالفها الا عن طريق التزوير وذلك باستثناء المحاضر المحررة في المخالفات والجنح من قبل الضابطة العدلية التي يجوز اثبات ما يخالفها بجميع طرق الاثبات • المادة ١٥٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، مع الاشارة الى تفضيل حصر المشرع حكم هذه المادة على المخالفات • وهذا ما ذهب اليه المشرعان الفرنسي والمصري انظر المادتين ٥٣٧ ، ٣١٥ من هذين القانونين على التوالي •

(٣) وهذا شان المشرع المصري كذلك • حيث نستخلص حكم اشتراط الكتابة من المادة ٧٣ من قانون الاجراءات التي تلزم قاضي التحقيق ان يستصحب معه كاتبا من كتاب المحكمة في جميع إجراءاته يوقع معه المحاضر • وانظر كذلك المواد ١١٣ ، ١٢٣ ، ١٢٧ من هذا القانون • وعلى هذا المنوال سارت معظم التشريعات العربية • انظر على سبيل المثال المادة ٩٨ من قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي ، والمواد ٥٧ ، ٨٢ ، ٩٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري ، والمواد ٤٩ ، ٥٧ ، ٨٢ ، من قانون اصول المحاكمات الجزائي العراقي ، والمادتين ٦٦ ٩١ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي ، وبخلاف ذلك انظر المادة ٣٧٣ من قانون الاجراءات الايطالي رقم ٤٤٧ لسنة ١٩٨٨ التي بينت الاجراءات التي يلزم تدوينها والاشخاص الذين يقومون بكتابة هذه المحاضر ، انظر قانون الاجراءات الجنائية الجديد ، ترجمة وتعليق الدكتورين محمد ابراهيم زيد وعبد الفتاح الصيفي ، دار النهضة العربية ، ط١٩٩٠ ، ص٢٤٨

اما بخصوص قرارات التحقيق ، فانه وفق منطوق المادة ١١٧ من نفس القانون يجب ترك صورة للمشتكى عليه من مذكرات الحضور والاحضار والتوقيف الخاصة به ، وهذا يعني انه لابد من وجود اصل مدون لهذه القرارات في ملف التحقيق[١].

والتدوين يستلزم وجود كاتب لكي يتفرغ المحقق للمسائل الفنية ، ولا ينشغل في ماديات التدوين مما يؤثر سلبا على حسن سير العدالة . ويشكل وجود الكاتب نوعا من الرقابة على اعمال المحقق ، ولو بصورة غير مباشرة .حيث يجعل وجود الكاتب المحقق اكثر حرصا على القيام بمهامه بجدية واستقامة[٢].

وبالرجوع الى احكام القانون ، نرى أنه قد اشترط وجود كاتب للتحقيق في مواده المختلفة. فالمادة ٨٧ توجب على المدعي العام ان يصطحب كاتبه عندما ينتقل لضبط الاشياء التي يراها ضرورية لاظهار الحقيقة . وتوجب المادة ٧٠ من نفس القانون على المدعي العام ان يستمع بحضور كاتبه الى كل شاهد على حدة ، وتتطلب المادة ٣/٧٢ من المدعي العام وكاتبه ان يقوما بتوقيع كل صفحة من الصفحات التي تتضمن افادة الشاهد . كما تقضي المادة ٣/٦٣ بانه اذا ادلى المشتكى عليه بافادة يدونها الكاتب ثم يتلوها عليه فيوقعها بامضائه او ببصمته ويصدق عليها المدعي العام والكاتب[٣].

والتدوين بواسطة كاتب يقتصر فقط على الاجراءات التي يستوجب فيها تحرير المحاضر ، اما قرارات التحقيق فلا يلزم تدوينها بواسطة كاتب ، ويمكن للمدعي العام او المحقق ان يدونها بنفسه[٤]. ويجوز الاستعانة بغير كاتب التحقيق في حالة الضرورة او اذا راى المدعي العام وجود مبرر لذلك[٥].

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول مسألة قيام المحقق تولي اجراءات التحقيق بنفسه عند اتخاذه لاي اجراء من اجراءات التحقيق التي يستلزم فيها وجود كاتب مرافق له .

---

(١) تاخذ بعض التشريعات بنظام الملف المزدوج للتحقيق . انظر المادة ٨١ من قانون الاجراءات الفرنسي والمادة ٦٨ من قانون الاجراءات الجزائري . وتبدو الحاجة ماسة للاخذ بهذه الفكرة في نظامنا لدرء مخاطر ضياع واختفاء بعض ملفات التحقيق

(٢) د . عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية ، ج١ ، ١٩٩٥ ، ص٢٨٢

(٣) انظر المادة ٧٣ من قانون الاجراءات المصري والمادة ٥٧ من قانون الاجراءات الليبي ، والمواد ، ٩٠ ، ١٠٦ ، ١٠٢ من قانون الاجراءات الفرنسي التي تشترط ضرورة استعانة قاضي التحقيق بكاتب

(٤) لا يشترط في الكتابة ان تتم بخط اليد من قبل الكاتب ، بل تعتمد المحاضر الصادرة عن اجهزة الحاسوب في ضوء انتشار هذه الاجهزة في المحاكم المختلفة .

(٥) هذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في احكامها . انظر نقض ١٨ يونيو ١٩٩٦ ، الطعن رقم ٨٣١١ لسنة ٦٤ قضائية ، نقض ٢ مارس ١٩٩٣ ، الطعن رقم ٧٦٠٢ لسنة ٦١ قضائية

ذهب جانب من الفقه بصحة هذه الاجراءات[١] وبالمقابل يرى جانب آخر بطلانها[٢] بطلانا نسبيا لا يجوز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض[٣].

ويتوسط الاراء السابقة راي يذهب الى القول ، بان المحضر الماخوذ على هذه الصورة لا يفقد كل قيمة له ، وانما يتحول الى محضر استدلال تطبيقا لفكرة تحول الإجراء الباطل[٤]

ولكي تكون المحاضر ناطقة بما فيها يجب ان تكون موقعة من المدعي العام والكاتب والشخص الذي اخذت اقواله ،فالتوقيع اقرار بصحة ما ورد في فيها ، ويؤكد نسبة الإجراء المتخذ الى من وقع المحضر الذي دون فيه[٥].

وقد ورد النص على وجوب توقيع محاضر التحقيق من المدعي العام والكاتب والاشخاص الذين تؤخذ افاداتهم في نصوص متفرقة ،فالمادة ٣٨ توجب على المدعي العام والكاتب والاشخاص الذين يتم الاجراء في مواجهتهم او تضبط اقوالهم على توقيع كل صفحة من صفحات الضبط[٦].

اما المادة ٢/٧٢ من نفس القانون فبعد ان اوجبت على المدعي العام والكاتب والشاهد وضع توقيعاتهم على محضر الشهادة ، جاءت الفقرة الرابعة بقاعدة عامة توجب اتباع نفس الإجراء بشان سائر الافادات التي يدونها المدعي العام[٧].

---

[١] د . حسن المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص٣٤٣

[٢] د . محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٢٧٠ ، د . محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص١٤٢ ، د . عبد الاله النوايسة ، المرجع السابق ، ص١٧٨

[٣] د . رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص٤٠٥ ، د . محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص٦٧٣ ، د . عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق ، ص٢٠٣ ، ومن الفقه الاردني الدكتور محمد علي الحلبي ،المرجع السابق ،ج٢،ص٣٩ وهو يرى انه وفقا للمادة ١/٣٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية يجوز للمدعي العام في حالة الضرورة والاستعجال ان يقوم بتدوين الاجراءات بنفسه.والواقع ان الاعتماد على ما ورد في هذه المادة لا يسعف بالوصول الى هذه النتيجة طالما انها تشترط توقيع المدعي العام والكاتب والاشخاص المذكورين في المادة ٣٦ على كل صفحة من صفحات المحضر وبالرجوع الى المادة الاخيرة نجد ان الاشخاص الذين يجوز للمدعي العام تنظم المحضر بمعزل عنهم ليس من بينهم كاتب التحقيق

[٤] د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٦٥٢ ، د . عبد الفتاح الصيفي ، تاصيل الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٣٠٩

[٥] Bouloc (B) : L acte dinstruction Paris , ١٩٦٥ , P. ٥٧٧

[٦] انظر كذلك المادة ٣/٦٣ والمادة ٧٢ من نفس القانون . وتجدر الاشارة ان المشرع المصري قد اوجب في المادة ١١٤ من قانون الاجراءات على القاضي والكاتب والشاهد ان يضعوا امضاءهم على الشهادة . وهذا الشرط وفق راي جانب من الفقه والقضاء شكل غير جوهري ما دام ان المحضر موقع من المحقق والكاتب . انظر نقض ١٢ ابريل سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الاحكام ، س٦ ، رقم ٢٦ ، ص٨٥١ ، د . احمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، هامش ٣

[٧] وتنص هذه الفقرة على ما يلي " تتبع الاصول نفسها بشان سائر الافادات التي يدونها المدعي العام في المحاضر "

ولا يتطلب المشرع شكلا معينا للتوقيع ، فقد يكون بكتابة الاسم او برسم شكل معين ، او بوضع البصمة على المحضر • وفي حال تعذر حصول التوقيع يشار الى ذلك في المحضر[١].

وبالرجوع الى موقف القضاء من مسائل التدوين نجد ان أهم ما يثار في هذا المجال هو قيمة محاضر المدعي العام التي يجري تدوينها بنفسه ، واثر عدم توقيع بعض الاشخاص المتعلقة بهم هذه الاجراءات على المحاضر ، وخاصة محاضر القبض والتفتيش والمعاينة •

لم تشترط محكمة التمييز في الكاتب المرافق للمدعي العام ان يكون كاتبه الخاص او احد موظفي دائرته • فلو تم التدوين من قبل احد رجال الشرطة الموجودين لكان محضر ضبط الاقوال صحيحا • فقد جاء في حكم حديث غير منشور للمحكمة ما يلي " ان ضبط المدعي العام اقوال المميز ضدهما في ادارة بحث جنائي العاصمة بعد ان عرفهما على نفسه بانه المدعي العام ، فان ضبط اقوال المميز ضدهما في ذلك المكان ، وقيام احد افراد الشرطة بتدوين اقوالهما لا يبطل هذه الاقوال او ينتقص من قيمتها القانونية "[٢]

والواقع ان هذا القضاء محل نظر، فالمحكمة لم تبين ما اذا كانت الاستعانة باحد رجال الشرطة بناء على حالة استعجال ام ضرورة • فالاصل أن يصطحب المدعي العام معه كاتبه ، ولا بأس بالاستعانة باحد افراد الشرطة في حالة الضرورة • فالمدعي العام يجب أن ينأى بنفسه عن الاستعانة باي عامل يمكن ان يكون مصدرا لترهيب المتهم •

من جهة اخرى ، لا ترى محكمة التمييز في عدم توقيع الكاتب على الافادة سببا لبطلانها، وتبرر ذلك بعدم النص على البطلان .[٣] وتقرر ان عدم قيام المشتكى عليه بتوقيع الافادة المأخوذة من قبل المدعي العام واعترافه امام المحكمة بان الافادة تعود له يصحح هذا العيب • وفي ذلك تقول " اذا كانت الافادة التي ادلى بها المتهم امام المدعي العام غير موقعة منه ، فان اعترافه في اثناء المحاكمة بصدورها منه يضفي عليها الصفة القانونية "[٤]

وفي قرار حديث ، غير منشور ، ترى محكمة التمييز ان المادة ٤٨ من الاصول الجزائية لا تشترط في مذكرة الانابة الصادرة عن المدعي العام لاعضاء الضابطة العدلية في قسم من الاعمال الداخلة في وظيفته ان تكون مدونة[٥]. والواقع ان المشرع لم يشترط التدوين في هذه المذكرة لا قبل التعديل ولا بعده •فقد جاء في المادة ٢/٤٨ " •••اذا عهد المدعي العام الى أي

---

(١) يرى الفقيه الفرنسي بولوك Bouloc انه بالرغم من ان النص على وجوب التوقيع ورد في المادة ١٠٦ من قانون الاجراءات الفرنسي والمتعلقة بسماع الشهود الا انه يمكن مد حكم هذه المادة على سائر اجراءات التحقيق • انظر المرجع السابق للمؤلف ، ص٥٧٨

(٢) تمييز جزاء ٢٠٠٢/٩٦٩ ، تاريخ ٢٠٠٢/١٢/٤ ، غير منشور

(٣) تمييز جزاء ٣٠/ ٨٦ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٨٦ ، ص٤١٠

(٤) تمييز جزاء ٥٦/٦ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٥٦ ، ص٨٧

(٥) تمييز جزاء ٣٩٦ /٢٠٠٢ ، تاريخ ٢٠٠٢/٤/١٦

من موظفي الضابطة العدلية بقسم من الاعمال الداخلة في وظائفه ٠٠ وجب عليه ان يصدر مذكرة خطية بذلك " الاانه في نهاية الفقرة جاء بعبارة " كلما كان ذلك ممكنا " مما جعل صيغة الوجوب التي جاء بها في التعديل تفقد قوتها الالزامية ٠

المبحث الثاني

بطلان الاستجواب

وسيتم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

التعريف بالاستجواب وبيان ماهيته

يقصد بالاستجواب ، مناقشة المتهم ومجابهته بالادلة القائمة ضده بصورة تفصيلية بهدف كشف الغموض الذي يحيط الواقعة الجرمية محل التحقيق ، ومطالبة المتهم بالرد على التهمة المنسوبة اليه اما بانكارها او التسليم بها[١].

لم تعد الغاية من الاستجواب جمع الادلة فقط ، بل اصبح وسيلة دفاع رئيسية للمتهم تتيح له فرصة الدفاع عن نفسه ، والتدخل في الدعوى ودحض الادلة المقدمة ضده[٢].

ولا يجوز استجواب شخص ما ، ما لم يتمتع بصفة " متهم " ٠ ولا يعني ذلك بالطبع ، ان كل متهم لابد من استجوابه ، اذ لا يوجد ارتباط – وفق تشريعنا – بين الاتهام والاستجواب ، ولا يخرق هذه القاعدة ان يتطلب المشرع احيانا استجواب المتهم قبل اتخاذ بعض الاجراءات بحقه كالتوقيف او عقب القبض عليه من قبل الضابطة العدلية في الاحوال التي يجوز فيها القبض وفقا لاحكام المادتين ٩٩ ، ١٠٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية[٣].

وعلى ذلك فان الاستجواب يتميز بطبيعة مزدوجة ، فهو من ناحية ، احد اجراءات التحقيق ، ومن ناحية اخرى ، وسيلة من وسائل الدفاع ٠ ومن الدول التي غلبت صفة الدفاع في هذا الإجراء فرنسا ، فقد استقر القضاء لديها على ان كل تحقيق يجب ان يسبقه اجراء استجواب ٠ والا كانت الاجراءات باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام[٤].

---

[١] د ٠ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٦٧٨ ، د ٠ محمد ممدوح البحر ، مبادئ قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، دار الثقافة ، عمان ، ط١٩٩٨ ، ص٢٣٩ ، د ٠ محمد سامي النبراوي ، استجواب المتهم ، رسالة دكتوراة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ – ١٩٦٩ ، ص٢٨

[٢] Merele (R) , Vitu (A) : op ٠ cit , p٤٠٨

[٣] والحالة الثانية التي يجب فيها اجراء الاستجواب هي حالة اصدار المدعي العام قرارا بالتوقيف ، فلابد في هذه الحالة ان يسبقه استجواب اذا كان المستجوب مطلوبا بمقتضى مذكرة حضور ، اما اذا جلب عن طريق مذكرة احضار فيتم استجوابه خلال اربع وعشرين ساعة من وضعه في النظارة ٠ انظر المادة ١١٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، وهي تقابل المادة ١٠٤ من قانون الاصول السوري ٠ واذا بقي المشتكى عليه المحضر بموجب مذكرة احضار اكثر من اربع وعشرين ساعة دون استجواب اعتبر ذلك عملا تعسفيا يؤدي الى ملاحقة الموظف بجريمة حجز الحرية الشخصية ٠ انظر المادة ١١٣ من نفس القانون

[٤] انظر على سبيل المثال Cass ٠ Crim ٠ ١٢ oct ٠ ١٩٧٣ , J , C٠p ٠ Cass Crim ٠ ٢٥ Juill ٠ ١٩٧٩ , Bull ٠ Crimm ٠ No , ٢٥٢ chambon (p) : Le Judge d , instruction , op ٠ cit , p٢٠٢

مشار الى ه ذه القرارات لدى د ٠ هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص١٧٣

وفي الفقه العربي، يذهب بعض الفقهاء – وهم قلة – مذهب القضاء الفرنسي ، ويرون ان خلو التحقيق من الاستجواب يترتب عليه البطلان[١].

واتجاه اخر تمثله الاغلبية ، يرى ان الاستجواب ليس وجوبيا الا في الحالات التي نص عليها القانون[٢]. ومن حق المتهم ان يتمسك بسؤاله عن التهمة المسندة اليه ومناقشته فيها ، وله الحق ان يمتنع عن الكلام او الاجابة عن بعض الاسئلة . ويجب ان لا يفسر هذا السلوك بانه اقرار منه بالتهمة ، او ان يفسر ضد مصلحته .

ويلحق بالاستجواب مواجهة المتهم بغيره من المتهمين او الشهود لكي يسمع ما صدر منهم من اقوال في صدد ما ادلوا به من معلومات متعلقة بواقعة او اكثر ، ورده على ذلك تاييدا او نفيا[٣].

وتسري على المواجهة القواعد المتعلقة بالاستجواب[٤].على ان تكون المواجهة لاحقة للاخير

واذا كان المشرع الاردني لم ينص على اجراء المواجهة ، فانه لا يوجد ما يمنع من اجرائها ومواجهه المتهم مع متهمين اخرين ، شريطة احاطتها بنفس الضمانات المطلوبة للاستجواب [٥]

ولخطورة الاستجواب وما قد يترتب عليه من اساءة لمركز المتهم ، فان معظم التشريعات تكل لسلطة التحقيق مهمة القيام به .

لقد خص المشرع الاردني النيابة العامة وحدها بسلطة اجراء الاستجواب حيث تنص المادة ١/٩٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه " يجوز للمدعي العام ان ينيب احد قضاة الصلح في منطقته او مدعي عام اخر لاجراء معاملة من معاملات التحقيق في الامكنة التابعة

---

[١] د . محمد مصطفى القللي ،اصول قانون تحقيق الجنايات ،ط ٢،١٩٤٢،ص٢٢١، د. توفيق الشاوي،فقه الاجراءات الجنائية،مرجع سابق،ص٣٣،د.محمود محمود مصطفى،سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع،مجلة القانون والاقتصاد، مارس١٩٤٧،عدد١،س١٧،ص١١،مشار اليه لدى د.سامي النبراوي،المرجع السابق ،ص٢٩

[٢] على الرغم من اهمية الاستجواب فان الانظمة الانجلو سكسونية لا تاخذ به ، باعتباره اجراء بغيظا ينطوي على التاثير عل المتهم للادلاء باقوال قد تضر بمصلحته . د. مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ،المرجع السابق ،ص٢٥ د.عبد الاله النوايسة ، المرجع السابق، ص٢٢٨، د. فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ،ط١٩٨٥ ، ص٣٧١، د. رمسيس بهنام، المرجع السابق ،ص٦٠٢ ، د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، المرجع السابق،ص٢١٦

[٣] د. محمد ابو العلا عقيدة ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ،ج١ ، ط١٩٩٨، ص٣٧٠

[٤] خصص المشرع المصري الفصل السابع من قانون الاجراءات الجنائية للاحكام الخاصة بالاستجواب والمواجهة . وكذلك فعل المشرع الفرنسي عندما خصص المواد من ١١٤ — ١٢١ من قانون الاجراءات لاحكام هذين الاجراءين

[٥] ولا تجوز مواجهة المتهم بالشهود لان القانون يمنع ذلك بنصوص صريحة . فالمادة ١/٦٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية تجيز للمشتكى عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي ووكلائهم حضور جميع اجراءات التحقيق ما عدا سماع الشهود . كما تنص المادة ٧٠ من نفس القانون بانه يسمع المدعي العام بحضور كاتبه الى كل شاهد على حدة . وبموجب التعديل الجاري بالقانون رقم ٢٦ سنة٢٠٠١ اجازة هذه المادة مواجهة الشهود بعضهم ببعض . وكان حري بالمشرع ان يجيز المواجهة ما بين المتهم والشهود لما في ذلك من نفع يعود على التحقيق .

للقاضي المستناب ، وله ان ينيب احد موظفي الضابطة العدلية لاية معاملة تحقيق عدا استجواب المشتكى عليه " ٠

كما حظر المشرع على رؤوساء المراكز الامنية وضباط الشرطة المذكورين في المادة ٤٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، استجواب المشتكى عليه في حال تكليفهم من قبل المدعي العام للقيام بقسم من الاعمال الداخلة في وظائفه والمبينة في المادتين ٢٩ ، ٤٢ من نفس القانون(١).

ولاهمية الاستجواب وما قد يسفر عنه من نتائج تهدف للوصول الى الحقيقة ، وحتى تكون هذه الحقيقة ناصعة لا تشوبها شائبة ، تحيطه التشريعات بضمانات متعددة حتى لا يكون الوصول الى الحقيقة على حساب حقوق المتهم الذي يجب ان يعامل اثناء التحقيق وفق مبدا البراءة المجبولة عليه النفس الى ان يثبت العكس عن طريق حكم قضائي بات ٠

ومن اهم الضمانات التي يجب مراعاتها ، حق المتهم في سلامة ارادته ، حيث يبطل كل استجواب يتم نزعه عن طريق العنف او الاكراه المادي او المعنوي ٠ ويطرح جانبا الاعتراف الناتج عن أي وسيلة من وسائل الاكراه ولو كان صادقا ما دام ناتجا عن اكراه مهما قل قدره ٠

ويجوز للمدعي العام في حالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الادلة او الضرورة ان يقوم بالاستجواب وباقي اجراءات التحقيق بمعزل عن محامي المتهم(٢).

ويرى جانب من الفقه ان حالة الاستعجال تنطوي تحت حالة الضرورة ، فالاستعجال في حقيقته ليس الا صورة من صور الضرورة ٠ فذكر الحالة الاخيرة يغني عن الاولى(٣).

والواقع انه مع التسليم بان حالة الاستعجال تنطوي تحت حالة الضرورة ، الا ان مشرعنا افرد لكل حالة نصا مستقلا في المادتين ٦٣ و٦٤ ، من الاصول الجزائية وان كرر في المادة الثانية حالة الاستعجال ٠ وللوقوف على حقيقة الوضع نورد نصي المادتين على النحو التالي : المادة ٢/٦٣ " يجوز في حالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الادلة وبقرار معلل سؤال المشتكى عليه عن التهمة المسندة اليه قبل دعوة محاميه للحضور على ان يكون له بعد ذلك الاطلاع على افادة موكله " المادة ٣/٦٤ " ويحق للمدعي العام ان يقرر اجراء تحقيق بمعزل عن الاشخاص المذكورين في حالة الاستعجال او متى راى ضرورة ذلك لاظهار الحقيقة وقراره بهذا الشان لا يقبل المراجعة"

فالضرورة تعتبر مانعا من الحضور بذاته ، فلو كان المحامي موجودا وتطلبت حالة الضرورة اجراء الاستجواب فان بامكان المدعي العام القيام بهذا الإجراء ومنع المحامي من الحضور ٠

---

(١) انظر المادة ١/٤٨ من نفس القانون

(٢) انظر المادتين ٦٣،٦٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

(٣) د٠ معتصم مشعشع ، استعانة المشتكى عليه بمحام ، مرجع سابق ، ص٣٦

بخلاف حالة السرعة التي تفترض عدم وجود المحامي وقت الاستجواب ، فان كان موجودا لم يجز له منعه من الحضور[١]

ولبيان موقف القضاء من مسائل الاستجواب المختلفة ، وخاصة في ضوء الضمانات الواردة في المادة ٦٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية ، والتي رتب المشرع في الفقرة الرابعة منها البطلان في حال مخالفة الإجراءات للضمانات المنصوص عليها في المادة، يمكن الانتقال الى المطلب التالي •

المطلب الثاني

الاستجواب قضاء

بينت سابقا ان من أهم الضمانات التي تحيط بالاستجواب اجراؤه عن طريق سلطة التحقيق ، وهي النيابة العامة دون غيرها من أعضاء الضابطة العدلية • إلا أن محكمة التمييز أجازت في قرار لها لموظفي الضابطة العدلية القيام بسائر الإجراءات التي هي من اختصاص المدعي العام بما فيها الاستجواب •

حيث جاء في هذا القرار ما يلي " إن المادة ٤٦ أجازت لموظفي الضابطة العدلية في حالة وقوع جرم مشهود وفي حالة وقوع جريمة داخل البيت وطلب صاحب البيت إجراء التحقيق بشأنها وحيث أن الجريمة موضوع الدعوى قد وقعت داخل بيت المجني عليه الذي طلب إجراء التحقيق فور وقوع الجريمة ، فان موظفي الضابطة العدلية في هذه الحالة يملكون صلاحية إجراء سائر المعاملات التي هي من وظائف قاضي التحقيق ، وبديهي أن استجواب المتهمين هو من جملة تلك المعاملات على اعتبار أن وظائف قاضي التحقيق أنيطت بالمدعي العام عملا بالمادة ٢/٨١ مكررة من قانون أصول المحكمات الجزائية[٢].

والواقع إن هذا القضاء محل نظر لما يلي :

أولا : لان المادة ٤٦ لم تخول جميع موظفي الضابطة العدلية ان يحرروا المعاملات التي هي من وظائف المدعي العام ، وانما قصرت ذلك على الضابطة العدلية المشار اليهم في المادة ٤٤ [٣].

ثانيا : ان الاستجواب لا يجوز ان يقوم به غير المدعي العام ، فقد حظرت المادة ٩٩ من قانون الاصول الجزائية على موظف الضابطة العدلية القيام باستجواب المشتكى عليه عند القاء القبض

---

(١) انظر خلاف هذا الراي د• معتصم مشعشع ، المرجع السابق ، ص٣٧

(٢) تميز جزاء رقم ٦٠/٣ ، مجلة نقابة المحامين ، السنة ٨ ، ص١٩٥

(٣) تم تعديل هذه المادة باستبدال عبارة ضباط الدرك الشرطة ورؤساء مخافر الدرك بعبارة رؤساء المراكز الامنية وضباط الشرطة وذلك بموجب القانون المعدل رقم ١٦ سنة ٢٠٠١

عليه في جميع الجرائم التي يجوز فيها القبض ٠ ومن بينها الجرائم الواقعة داخل السكن ٠ وقد اجاز لهم القانون الاستماع الى اقوال المشتكى عليه دون استجوابه والفرق واضح بين الاجرائين

ثالثا : ان المادة (٤٦) التي اشارت اليها المحكمة في قرارها كانت صريحة في استثناء الاستجواب من الاجراءات التي يستطيع موظفو الضابطة العدلية القيام بها في مثل هذه الحالة٠

رابعا : ان الاستجواب قد يترتب عليه توقيف المشتكى عليه وهذا الامر لا يملكه سوى المدعي العام ٠ ولخطورة هذا الإجراء فقد حصره المشرع بالمدعي العام[١]٠

وقد ظهر هذا التوجه لدى محكمة التمييز في قرارات لاحقة عندما اكدت ان اجراء الاستجواب جاء حصرا بالمدعي العام ، ولا يجوز لاعضاء الضابطة العدلية القيام به ٠كما ابطلت المحكمة الاستجواب والمواجهة الصادرة عن الضابطة العدلية ، حيث جاء في احد هذه القرارات "٠٠٠ وان المواجهة والاستجواب اجراءان تحقيقيان لا يملك صلاحية القيام بهما من الناحية القانونية افراد الضابطة العدلية وانما هو حكر على سلطات التحقيق الابتدائي والنهائي في قانون اصول المحاكمات الجزائية[٢].

- لم تبطل محكمة التمييز استجواب المتهم لعدم دعوة محاميه في حالة السرعة لعدم ضياع الادلة وتركت تقدير هذه الظروف للمدعي العام ٠ وتردد هذا المبدا في العديد من قرارات المحكمة القديمة والحديثة ٠ فقد جاء في احد هذه القرارات " اعطت المادة ٢/٦٣ من قانون اصول المحاكمات الجنائية للمدعي العام الحق في استجواب المشتكى عليه دون حضور محاميه بسبب الخوف من ضياع الادلة ٠ وحيث ان المدعي العام قد استعمل حقه المنصوص عليه في هذه المادة فان استجوابه للمميز على هذه الصورة لا يخالف القانون [٣].

واكدت هذا المعنى في قرار حديث غير منشور عندما قالت " من الجائز في حالة الاستعجال والخوف من ضياع الادلة ان يستجوب المدعي العام المشتكى عليه قبل دعوة محاميه "[٤].

وبدراسة هذه القرارات يمكن ابداء الملاحظات التالية عليها :

اولا : توسعت المحكمة في تطبيق المادة (٦٣) على نحو جعلت تقدير امر وجود حالة السرعة للحفاظ على الادلة الى المدعي العام دونما ضوابط ٠

---

[١] في نقد هذا القرار انظر فاروق الكيلاني ، مرجع سابق ، ط١٩٨٥ ، ص٣٧٤

[٢] تمييز جزاء رقم ١٩٩٨/٥٩٢ ، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٨ ، ص٨٢٧ ، وانظر كذلك تمييز جزاء ٩٨/٥٨٦ ، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٨ ، ص٨٣٠ ، تمييز جزاء ١٩٩٨/٣٦٩ لسنة ١٩٩٨ ، ص٧٧٤

[٣] تميز جزاء ٢٠٠٠/٥٧٤ ، المجلة القضائية لسنة ٢٠٠٠ ، ص٣٤٥

[٤] تميز جزاء ٢٠٠٢/٤٣٦ تاريخ ٢٠٠٢/٥/١٩ وانظر على سبيل المثال القرارات التالية : ٢٠٠٠/٢٦٦، المجلة القضائية، لسنة ٢٠٠٠ ، ص٤٣٠ ، ٩٩/٥٢، المجلة القضائية ، لسنة ١٩٩٩ ، ص٥٤٣ ، ٨٥/٨٧ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ،ص١٥٦٩

فقد كان حري بالمحكمة ان تضيق من نطاق هذه السلطة طالما انها جاءت على سبيل الاستثناء من الاصل الذي لا يجيز الاستجواب قبل دعوة المحامي .

ثانيا : من المستحسن ان تتطلب المحكمة في ان يكون قرار المدعي العام ،في هذه الحالات مسببا . وخاصة تللك القرارات التي صدرت في ظل تعديل هذه المادة ، والتي اشترط المشرع فيها بوضوح ضرورة التسبيب تحت طائلة البطلان .

ثالثا : يفضل ان يحذو المشرع حذو المشرع الفرنسي ، عندما حصر الحالات التي تبيح لقاضي التحقيق استجواب المتهم قبل دعوة محاميه بحالتي ، وجود شاهد في خطر الموت ، او وجود أدلة على وشك الزوال . (١)

- خلطت محكمة التمييز في بعض قراراتها بين الاستجواب والسؤال ، حيث جاء في احد هذه القرارات " ان استماع المحكمة الى شهادة العريف (الشرطي) الذي استجوب المميز ...اذا قنعت المحكمة من شهادته بانه قد اداها طوعا واختيارا فتكون هذه الشهادة مقبولة كبينة ، استنادا للمادة ١٥٩ من قانون الاصول اجزائية "(٢) .

فالاستجواب اختصاص اصلي للمدعي العام ، ولا يجوز لموظف الضابطة العدلية الا الاستماع الى الاقوال دون الاستجواب ، فان لم يقنع بها يرسل المتهم خلال اربع وعشرين ساعة الى المدعي العام المختص .

- أظهرت المحكمة تراجعا واضحا بشأن تقرير البطلان عند عدم التنبيه على المشتكى عليه ان من حقه ان لايجيب على التهمة الا بحضور محام وان يدون هذا الإجراء في المحضر ، فقد سبق لمحكمة التمييز ان قررت عام ١٩٨١ في احد قراراتها بطلان الافادة الماخوذة من المتهم دون ان يتم تنبيهه الى حقه في الاستعانة بمحام ، وعدم تدوين مثل هذا الإجراء في المحضر . لان هذه المخالفة قد اخلت بضمانة من ضمانات الدفاع المقررة قانونا (٣). وجاء في قرار حديث ما يخالف القرار السابق . قالت فيه " ان عدم تنبيه المدعي العام .. لا يجعل الافادة باطلة اذ لم ينص القانون الساري المفعول وقت اجراء التحقيق على بطلان مثل هذه الافادة ولا بطلان الا بنص " (٤)

مما لا شك فيه ان القرار الاول يمثل الصحة ، وان موقف المحكمة في القرار الثاني ليس له ما يبرره . فغاية المشرع قد توضحت بصورة جلية في ترتيب البطلان على مخالفة هذه الحالة . وكان حري بالمحكمة ان تأخذ بالبطلان الذاتي لتقرير البطلان .

---

(١) انظر المادة ١١٧ من قانون الاجراءات الفرنسي

(٢) تميز جزاء ٨٥/٧٦ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ، ص١٥٨٨

(٣) تمييز جزاء ١٩٨١/٥٢ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٨١ ، ص١٣٣٦

(٤) تمييز جزاء ٢٠٠٢/٥٩٠، تاريخ ، ٢٠٠٢/٦/١٨

- لا ترى محكمة التمييز - في العديد من قراراتها - في تاخير الاستجواب سببا لاعلان البطلان ولا تعتبر طول المدة الفاصلة بين القبض والاستجواب مبررا يستدعي بطلان الافادة . فقد جاء في احد هذه القرارات " ان استجواب المدعي العام للمشتكى عليه بعد ان قبضت عليه الشرطة باربعة ايام لا يعيب الاجراءات"[١]

كما تقرر في حكم اخر " انه ليس في تحقيق المدعي العام مع المشتكى عليه بعد مرور اكثر من اربع وعشرين ساعة من القبض عليه ما يشكل مخالفة جوهرية لاجراءات التحقيق ، ولا يترتب عليه بطلان محضر التحقيق "[٢].

ونفس المعنى ورد في قرار اخر تقول فيه " ان طول مدة توقيف المتهم قبل استجوابه من قبل المدعي العام ليس من شانه ان يبطل الاجراءات اللاحقة "[٣].

وما يلفت الانتباه صدور قرارين حديثين متناقضين بفارق شهر بينهما ، احدهما يعلن بطلان الاعتراف الصادر بعد فترة من القبض بتجاوز المدة الواردة في المادة (١٠٠) من الاصول الجزائية والاخر - كما في الغالبية من القرارات - لا يترتب عليه بطلان هذه الافادة .

فقد جاء في القرار الاول ان المنطق يقضي ان لا يحتجز طيلة هذه المدة في نظارة الشرطة - تسعة ايام - وان يرسل فورا الى المدعي العام منذ القاء القبض عليه .. مع العلم ان احتجازه طيلة هذه المدة في النظارة تعرض موظف الضابطة العدلية للمسؤولية لان المادة (١٠٠) من الاصول الجزائية توجب عليه ان يسمع فورا اقوال المشتكى عليه وان يرسله الى المدعي العام ، لذلك فان الاعتراف يعد باطلا في هذه الحالة ويتوجب استبعاده من عداد البينات [٤].

اما القرار الثاني الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٦/١٤ فقد قالت فيه ان النص الوارد في المادة (١٠٠) من الاصول الجزائية قبل التعديل لم يكن بصيغة الوجوب الذي يترتب على مخالفته البطلان . لذلك فان سماع الاقوال بعد فترة من القاء القبض تزيد عن المدة المحددة في هذه المادة لا ترتب البطلان[٥].

نخلص من استعراض القرارات السابقة ان الاتجاه العام لدى محكمة التمييز هو عدم تقرير البطلان نتيجة تاخير الاستجواب الى فترة طويلة بعد القبض ، ونتامل ان يكون موقف المحكمة في قرارها الاخير الذي اعلنت فيه بطلان الاعتراف المبني على قبض استمر لدى الشرطة تسعة

---

[١] تمييز جزاء ٧٦/٤٠ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦ ، ص١٣٢٥

[٢] تمييز جزاء ٩٥/٢٢٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥ ، ص٢٩٠

[٣] تمييز جزاء ٩٩/٤٧٧ ، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٩ ، ص ٤٤٠ ، وانظر كذلك تميز جزاء ٦٣/٨٠ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٤ ، ص١٢٨

[٤] تمييز جزاء ٢٠٠١/٧٢٩ المجلة القضائية لسنة ٢٠٠١ ، تاريخ٢٠٠١/٨/٧

[٥] تمييز جزاء ٢٠٠١/٤٥٢ ، المجلة القضائية لسنة ٢٠٠١ ، بتاريخ ٢٠٠١/٦/١٤

ايام يشكل بداية اجتهاد يتواءم مع موقف المشرع في ظل تعديل القانون والنص صراحة على ان هذه المخالفة يترتب عليها البطلان وذلك حسما لكل اختلاف [١].

وزيادة في حرص المشرع على احترام هذه المواعيد الواجب اتباعها بين القبض والاستجواب يلزم المدعي العام ان يثبت في محضره التاريخ والوقت الذي مثل فيه المشتكى عليه امامه اول مرة .

- خالفت محكمة التمييز في بعض القرارات ما استقر عليه اجتهادها في قرارات اخرى من انه لا يجوز توقيف المشتكى عليه الا بعد استجوابه[٢].

فقد جاء في احد القرارات " مزاعم الظنين ان افادته لدى المدعي العام قد مهد لها بالضرب في المخابرات العامة يتناقض مع ما تبين من اوراق التحقيق ان المدعي العام امهل الظنين لتوكيل محام وقام بتوقيفه لمدة اسبوع في مركز الاصلاح في الجويدة حيث قام بعدها باستجوابه "[٣].

- يحمد لمحكمة التمييز ربطها المواجهة كاحد اجراءات الدعوى بالاستجواب واحاطته بكافة الضمانات المقررة للاخير ، وخاصة وجوب صدوره عن الجهة المختصة بالاستجواب وعدم السماح للضابطة العدلية بالقيام به . حيث جاء في احد القرارات الصادرة بهذا الشان " ان قيام اعضاء الضابطة العدلية باستجواب المتهم ومواجهته مع شاهد النيابة يشكل استجوابا ومواجهة في ان معا وان المواجهة والاستجواب اجراءان تحقيقان لا يملك صلاحية القيام بهما افراد الضابطة العدلية وان هذا حكر على سلطات التحقيق الابتدائي والنهائي "[٤].

وتجدر الاشارة ان مواجهة المتهم بالشاهد غير جائزة حتى من المدعي العام.فالقانون يجيز للاخير مواجهة الشهود مع بعضهم البعض[٥].فضلا عن أن لاطراف الدعوى حضور جميع اجراءات التحقيق باستثناء سماع الشهود[٦].

- اما الدفع ببطلان الاستجواب ، فقضاء محكمة التمييز مستقر على اعتباره دفعا متعلقا بمصلحة المستجوب وليس من النظام العام . وبناء على ذلك يتعين اثارة هذا الدفع امام المدعي العام ومحكمة الموضوع ، اما اثارته امام محكمة التمييز لاول مرة فانه مستوجب الرد . جاء في احد هذه القرارات " ان الدفع المتعلق ببطلان الاستجواب لمدة طويلة ومتواصلة .. هو دفع في غير

---

[١] انظر الفقرة ب من المادة ١٠٠ من الاصول الجزائية

[٢] كما يوجب القانون في المادة ١/١١٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٣] تمييز جزاء ١٩٩٥/٢٢٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٦ ، ص٢٩٠

[٤] تمييز جزاء ٩٨/٥٩٢ ، سبقت الاشارة اليه وتاكد هذا المعنى بالقرار رقم ١٩٩٨/٥٨٦ سبقت الاشارة اليه

[٥] انظر المادة ٧٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية وهي المعدلة بموجب القانون رقم ١٦ لسنة٢٠٠١

[٦] المادة ٦٤ من نفس القانون

محله ويتعين اثارته امام المدعي العام ومحكمة الموضوع لان دفعا كهذا يحتاج الى تحقيق موضوعي لا شان لمحكمة التمييز به "[١].

والواقع ان هذا التوجه لدى محكمة التمييز ينم عن رغبة في التضيق من نطاق البطلان في مجال اجراءات التحقيق الابتدائي واعتباره متعلقا بمصالح الخصوم ، فلابد لهم ان ارادوا تقريره ان يتمسكوا به لدى المدعي العام ومحكمة الموضوع ، والا سقط حقهم في الدفع ببطلان اجراءات التحقيق الابتدائي •

والحقيقة ان هذا التوجه لا يمكن التسليم به على اطلاقه • فليست جميع مسائل الاستجواب متعلقة بمصالح الخصوم • فهنالك منها ما يتعلق بالنظام العام • فالاستجواب الذي يتم من جهة غير مختصة كالضابطة العدلية – مثلا – هو امر متعلق بالنظام العام يجوز اثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى •

المبحث الثالث

بطلان القبض

سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

بيان ماهية القبض

لم يقم المشرع بتعريف القبض ، شانه في ذلك شان معظم التشريعات العربية[٢].

وفي المجال الفقهي فقد عرفه البعض بانه " سلب حرية الشخص لمدة قصيرة باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لذلك"[٣]. او" انه حجز المتهم لفترة من الوقت لمنعه من الفرار تمهيدا لسماع اقواله بمعرفة الجهة المختصة"[٤].

يبدو ان افضل التعريفات للقبض ما ورد في التقرير الصادر عن المؤتمر الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين ، والذي جاء فيه بانه " اجراء من اجراءات التحقيق في الدعوى

---

(١) تمييز جزاء ١٩٩٧/٥١١ ، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٧ ، ص٤٩١

(٢) لم يرد تعريف للقبض في العديد من التشريعات العربية ، كالتشريع المصري ، والاماراتي ، واللبناني ، ومن التشريعات التي ورد فيها تعريف للقبض قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي حيث ورد في المادة ٤٨ منه بان القبض هو ضبط الشخص واحضاره ولو جبرا امام المحكمة او المحقق بموجب امر صادر منه او بغير امر في الحالات التي ينص عليها القانون • انظر كذلك د• عمر الحسيني ، احكام وضوابط الاستيقاف في القضاء والفقه والتشريع في مصر والكويت ، ط١٩٩٥ ص٧٦ •

(٣) د• محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٢١٦ ، د• احمد عوض بلال ، الاجراءات الجنائية المقارنة والنظام الاجرائي في المملكة العربية السعودية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص٤٦١ ، د• محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص٢٢٥ •

(٤) د• محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٥٦٨ ، كما عرفته محكمة النقض المصرية بانه " امساك الشخص من جسمه وتقيد حركته وحرمانه من حريته في التجول كما يريد دون ان يتعلق الإجراء بقضاء فترة زمنية معينة • نقض ١٩٦٩/٦/٩ ، احكام النقض ، س٢٠ ، ق٧١ ، ص٥٨٣ •

الجنائية ، يتضمن اخذ شخص بالاكراه تحت الحراسة لفترة زمنية وجيزة ، بسند من سلطة قانونية وبهدف احضاره امام السلطة المختصة لتامر باستمرار وضعه تحت الحراسة او اطلاق سراحه " (١)

ويعد القبض احد اجراءات التحقيق الاحتياطية التي تهدف الى سلامة سير التحقيق وعدم عرقلته او العبث فيه[٢]. وعلى الرغم من خطورة هذا الإجراء ، فان المشرع لم يكتف بان عهد به الى سلطة التحقيق المختصة اصلا باجرائه ، وانما توسع في احكامه لتشمل جميع رجال السلطة العامة ، بل واكثر من ذلك ، فقد منح هذه الصلاحية لكل من يشاهد من احاد الناس الجاني متلبسا بجناية او جنحة يجوز فيها قانونا التوقيف ، ويقوم بالقبض عليه وتسليمه الى رجال السلطة العامة دون امر بذلك [٣].

وقد خول المشرع أي موظف من موظفي الضابطة العدلية القبض على المشتكى عليه الحاضر والذي توجد دلائل كافية على اتهامه في الجنايات عموما ، وفي احوال التلبس بالجنح اذا كان القانون يعاقب عليها لمدة تزيد على ستة اشهر ، او اذا كانت الجريمة جنحة معاقب عليها بالحبس وكان المشتكى عليه موضوعا تحت مراقبة الشرطة ، او في جنح السرقة بالعنف او الغصب والتعدي ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة او بالعنف والقيادة للفحش وانتهاك حرمة الاداب[٤].

وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للقبض الصادر عن اعضاء الضابطة العدلية بناء على حالة التلبس والحالات الاخرى الواردة في القانون[٥]. فذهب البعض الى القول بان هذا الإجراء يعد احد اجراءات الاستدلال[٦].

---

(١) مشار اليه لدى د. محمد الجبور ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ وقد تم انتقاد التعريفات السابقة لانها لا تحوي جميع عناصر القبض . فضلا عن اضافتها للتعريف بعض العناصر التي لا تدخل فيه كسماع اقوال المقبوض عليه .

(٢) تقسم اجراءات التحقيق الى نوعين : الاول يهدف الى البحث عن الادلة وتمحيصها ويتمثل بالاجراءات القولية والعملية كالاستجواب ، والشهادة ، والمعاينة ، والخبرة ، والاخر ، اجراءات احتياطية كالقبض والتوقيف .

(٣) انظر المادة ١٠١ من قانون الاصول الجزائية تقابلها المادة ٤٨ من قانون الاجراءات الاماراتي ، والمادة ٣٧ من قانون الاجراءات المصري ، مع ان القانون الاخير استعمل كلمة تسليم بخلاف القانون الاردني الذي كان صريحا بوصف هذا الإجراء بالقبض ومع ذلك فالراي الغالب ان الإجراء الذي يقوم به رجل السلطة العامة او المواطن العادي يعد قبضا اذا توافرت فيه الشروط المطلوبة قانونا .

(٤) المادة ٩٩ من نفس القانون .

(٥) يشترط القانون المصري وجود حالة التلبس في الجنايات والجنح لكي يمنح مامور الضبط القضائي سلطة القبض . في حين تمنح مثل هذه الصلاحية لرجل الضابطة العدلية في التشريع الاردني في الجنايات عموما . والتلبس في الجنح ، وجنح اخرى غير متلبس فيها ورد ذكرها في المادة ٩٩ المشار اليها سابقا .

(٦) د. محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص٢١٧ ، ويبدو ان محكمة النقض المصرية قد نحت هذا المنحى عندما قالت في احد قراراتها " الدعوى الجنائية لا تتحرك الا بالتحقيق الذي تجريه النيابة العامة دون غيرها سواء بنفسها او بمن تندبه لهذا الغرض من-

بينما يذهب جمهور الفقهاء الى القول بان هذا الإجراء يعد من اجراءات التحقيق[١].

ومما لا شك فيه ان الراي الاخير اقرب الى محجة الصواب طالما ان المشرع قد تطلب في حصول هذا الإجراء ان يكون بناء على دلائل كافية على اتهام المقبوض عليه ، فضلا عن ان التفرقة بين القبض الذي يقوم به المدعي العام والقبض الذي يقوم به احد اعضاء الضابطة العدلية بناء على الحالات التي سبق بيانها يجعل للإجراء الواحد وضعين مختلفين بالنظر الى صفة القائم به ، وهذا امر غير جائز ، فوصف الإجراء يتحدد حسب طبيعته لا بحسب صفة القائم به[٢].

وقد حسم المشرع الاردني هذه المسالة عندما منح اعضاء الضابطة العدلية في حال الجرم المشهود او عند طلب صاحب البيت ان يقوموا بكافة الاجراءات التي هي من اختصاص المدعي العام ووضعه الصيغ والقواعد المبينة في الفصل الخاص باجراء وظائف المدعي العام [٣].

ويعد الاكراه احد عناصر القبض عندما لا يمتثل الشخص المراد القبض عليه لامر القبض ، فهذا الإجراء يتم دون الاعتداد بارادة المقبوض عليه ، فاذا صدر امر بالقبض عليه فليس امامه سوى الانصياع ، والا جاز استخدام الوسائل القهرية لاجباره على التقيد بالامر ، فكل اجراء لا يمنح متخذه سلطة اتخاذ اساليب القهر والاجبار لا يعد قبضا[٤]

والقبض اجراء مؤقت يبرره ترجيح مصلحة المجتمع الذي اخلت الجريمة بنظامه على مصلحة المتهم بالرغم من تمتعه باصل البراءة الكامن في نفسه ، فتامين سلامة التحقيق ، والمحافظة على المتهم من الاعتداء عليه او الخوف من عبثه بالادلة ، وضمان وجوده تحت تصرف القضاء ، جميعها اعتبارات تبرر القبض عليه وحجز حريته فترة من الزمن يجب ان لا تطول ،

وكلما قصرت هذه المدة الواقعة بين لحظة القاء القبض عليه واتخاذ قرار باخلاء سبيله او توقيفه، كلما كان ذلك دليلا على احترام حقوق وحريات الافراد ، وحسنا فعل المشرع عندما قصر المدة التي يستطيع فيها عضو الضابطة العدلية ان يحتفظ بالشخص المقبوض عليه بعد الاستماع الى اقواله من ثمان واربعين ساعة الى اربع وعشرين[٥].

ماموري الضبط القضائي ، ولا تعتبر الدعوى قد بدات باي اجراء اخر تقوم به سلطة الاستدلال ولو في حالة التلبس " ، نقض ٥شباط ١٩٦٨ ، احكام النقض ، س١٩ ، ق٢٦ ، ص٤٨ مشار اليه لدى المرجع السابق نفس الصفحة هامش (٢) ،

[١] د، محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٥٦٥ ، د، محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٢١٩ ، د، سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص١٩٢ ، د، رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٤٨٠ ،

[٢] د، فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص٢٧١ ،

[٣] وهذا بالطبع باستثناء اجراء الاستجواب كما تم بيانه سابقا ،

[٤] د، رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٤٨٠ ،

[٥] جاء في المادة ١٠٠/ب ان على موظف الضابطة العدلية وتحت طائلة البطلان ان يستمع الى اقوال المشتكى عليه فور القاء القبض عليه وارساله خلال اربع وعشرين الى المدعي العام المختص وعلى الاخير ان يباشر التحقيق خلال اربع وعشرين ساعة كذلك ،

وبناء على ما ورد في المادة ١/١١٢ من الاصول الجزائية فانه يتوجب على المدعي العام ان يستجوب المشتكى عليه المجلوب بمذكرة احضار خلال اربع وعشرين من وضعه في النظارة ٠ وفي حالات الجرم المشهود المستوجب عقوبة جنائية للمدعي العام ان يامر بالقبض على كل شخص حاضر يستدل بالقرائن القوية على انه فاعل الجرم ٠ واذا لم يكن حاضرا اصدر المدعي العام امرا باحضاره على ان يستجوبه في الحال[١].

واذا كانت الجريمة المتلبس بها مما يتوقف ملاحقتها على شكوى فلا يجوز القبض الا اذا صرح بالشكوى من يملك تقديمها [٢].

وحري بمشرعنا بان لا يتوسع في صلاحيات القبض الممنوحة لاعضاء الضابطة العدلية ، وان لا يخولهم في غير حالات التلبس سلطة التحفظ على الاشخاص ، على ان يطلبوا من النيابة العامة اصدار امر القبض بحقهم[٣]. وقد اوجب المشرع عليهم الالتزام بمجموعة من الاجراءات وردت في المادة ١٠٠ بعد التعديل الجاري على هذه المادة بموجب القانون رقم ١٦ سنة ٢٠٠١ ٠ وقد جاء في هذه المادة ، في الاحوال التي يتم القبض على المشتكى عليه وفقا لاحكام المادة ٩٩ من هذا القانون يتوجب على موظف الضابطة العدلية وتحت طائلة بطلان الإجراءات القيام بما يلي :

أ- تنظيم محضر خاص موقع منه ويبلغ الى المشتـكى عليه والى محاميه ان وجد ويتضمن ما يلي :

- اسم الموظف الذي اصدر امر القبض والذي قام بتنفيذه ٠
- اسم المشتكى عليه وتاريخ القاء القبض عليه ومكانه واسبابه ٠
- وقت ايداع المشتكى عليه وتاريخه ومكان التوقيف او الحجز ٠
- اسم الشخص الذي باشر بتنظيم المحضر والاستماع الى اقوال المشتكى عليه ٠
- توقيع المحضر ممن ورد ذكرهم في البنود السابقة[٤].

سماع اقوال المشتكى عليه فور القاء القبض عليه وارساله خلال اربع وعشرين ساعة الى المدعي العام المختص مع المحضر المشار اليه اعلاه ويتوجب على المدعي العام ان يثبت في المحضر التاريخ والوقت الذي مثل المشتكى عليه لاول مرة ٠ ويباشر الإجراءات خلال اربع وعشرين

---

(١) المادة ٣٧ من نفس القانون ٠

(٢) المادة ١٠٢ من قانون الاصول الجزائية ٠

(٣) د٠ عبد الاله النوايسة ، المرجع السابق ، ص٣٩٤ ٠

(٤) يلاحظ ان قانون الاصول الجزائية قد خلى من النص على البيانات التي يجب توافرها في امر القبض ٠ واكتفى بالنص على بعض البيانات في مذكرة الدعوى والاحضار والتوقيف والتي يجب ان تختم بخاتم دائرة المدعي العام ويذكر فيها اسم المشتكى عليه وشهرته واوصافه المميزة بقدر الامكان ونوع التهمة ويمكن ان يسري حكم هذه المادة على اوامر القبض كذلك.

ساعة حسب الاصول • وتسري هذه الاحكام على جميع الحالات التي يتم فيها القاء القبض على أي شخص وفقا لاحكام هذا القانون •

وبالرغم من خلو التشريع الاردني من نصوص تلزم سلطة القبض اخبار المقبوض عليه عن اسباب هذا الإجراء • فان المشرع تطلب تضمين مذكرات الاحضار بالتهمة المسندة للشخص الذي سيتم القبض عليه[١]

وبالرجوع الى احكام المادة ١١٥ من نفس القانون نجد ان المشرع قد نص على بعض البيانات التي يجب ان تشتمل عليها مذكرات الدعوة والاحضار والتوقيف ، حيث يجب ان تختم بخاتم دائرة المدعي العام ، ويذكر فيها اسم المشتكى عليه ، وشهرته واوصافه ونوع الجريمة •

ولم تشتمل هذه المذكرات والاوامر على ذكر تاريخ اصدارها ، لعلة ربما تعود الى ان مذكرات الاحضار وفق التشريع الاردني لا تكون محددة بمدة ، تكون خلالها واجبة النفاذ ، حيث تبقى سارية المفعول الى ان يتم تنفيذ مضمونها عن طريق القاء القبض على الشخص المطلوب القبض عليه ، او ان يتم الغاؤها عن طريق كف الطلب • وبالرغم من ذلك ، فان تحديد تاريخ هذه الاوامر ضروري لحساب المدة القاطعة للتقادم ، ومعرفة مدى صحة مصدرها في هذا التاريخ

والواقع ان هذه البيانات ليست على درجة واحدة من الاهمية • فذكر اسم المشتكى عليه ضروري ، وان كان لا يشترط ان يكون الاسم صحيحا ما دام ان الشخص المقبوض عليه هو المقصود بالامر • ولا يعد بيان طبيعة الاتهام من البيانات الجوهرية ، طالما ان تكيف الجرم في هذه المرحلة ليس نهائيا وقد يتغير في مراحل لاحقة • وتاريخ صدور الامر – كما سبق القول – لمعرفة المدد القاطعة للتقادم ، وجد في التشريعات التي تشترط ان يتم تنفيذ الامر خلال فترة محددة كالتشريع المصري • كما ان توقيع الامر ودمغه بخاتم الدائرة من البيانات الجوهرية التي يترتب على اغفالها بطلان ورقة القبض •

وفي اطار الحديث عن القبض لابد من التمييز بينه وبين اجراء اخر كثيرا ما يتم الخلط بينه وبين القبض ، الا وهو الاستيقاف • ولا يجد هذا الإجراء سنده في القانون ، وانما هو من صنع القضاء •

وعلى الرغم من ان القانون لم يمنح اعضاء الضابطة العدلية حق استيقاف الاشخاص ، الا انهم يمارسون هذا العمل بشكل واسع ، ويتم اقتياد من يتم استيقافه الى المراكز الامنية، فاذا لم

---

[١] انظر المادتين ١١٥ و١١٧ من الاصول الجزائية

يثبت بحقه أي اتهام يحال الى المحكمة بجرم الوجود في ظروف تجلب الشبهة وفقا للمادة ٥/٢٥٩ من قانون العقوبات[١][٢].

والحقيقة ان قيام رجال الشرطة باقتياد من يتواجد في ظروف توجب الشبهة الى المركز الامني ، واحالته بعد ذلك الى قاضي الصلح هو في حقيقته قبض باطل ٠ لان هذه الجنحة يعاقب عليها القانون في حدها الاقصى بالحبس لمدة ثلاثة اشهر ، وبالتالي لا يجوز لاعضاء الضابطة العدلية القبض في مثل هذه الجنحة ولو كان متلبسا فيها الا اذا كان الشخص موضوعا تحت مراقبة الشرطة او لم يكن له محل معروف في المملكة[٣].

وفي ظل غياب النصوص التشريعية المنظمة للاستيقاف فقد دار خلاف في الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية له٠ ذهب البعض الى انه احد اجراءات الاستدلال[٤]٠وذهب اخرون الى اعتباره اجراء تحفظيا[٥]٠اما اصحاب الراي الثالث فقالوا بانه احد اجراءات الضبط الاداري[٦]٠

وتبدو اهمية التفرقة بين القبض والاستيقاف في مدى الاثار المترتبة على كل منهما ٠ فالقبض الصحيح يتبعه سماع اقوال المقبوض عليه خلال اربع وعشرين ساعة ، واحالته الى المدعي العام الذي عليه استجوابه خلال اربع وعشرين ساعة من احضاره اليه كما يجوز في حال القبض الصحيح تفتيش المتهم ذلك انه إجراء اقل خطورة من القبض ٠ اما الاستيقاف فانه لا يعطي الحق لمتخذه في تفتيش الشخص المستوقف ، فاذا تم الإجراء الاخير وتم ضبط مادة ممنوعة لم تقم حالة الجرم المشهود او التلبس ، ويغدو التفتيش باطلا ولا يعتد بما سفر عنه من دليل [٧].

وفي ضوء عدم النص على الاستيقاف[٨]، فقد حاول القضاء وضع الضوابط المختلفة له وتمييزه عن القبض٠ ويلاحظ ان محكمة النقض المصرية ، مثلا ، قد توسعت في تبرير هذا

---

(١) والتي يفرض بمقتضاها عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة اشهر على كل من وجد متجولا في أي ملك او على مقربة منه او في أية طريق او شارع عام او في مكان محاذ لهما او في أي محل عام اخر في وقت وظروف يستنتج منها بانه موجود لغاية غير مشروعة او غير لائقة٠

(٢) اصدر احد قضاة صلح عمان قرارا جريئا اعتبر بموجبه المادة ٥/٣٨٩ مخالفة للدستور وامتنع عن تطبيقها واعلن عدم مسؤولية المشتكى عليه٠ قرارمحكمة صلح جزاء عمان رقم ٩٩/٧٦٥٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩ ،ص٣٩

(٣) اشترطت المادة ٩٩ في اجازة القبض في الجنح المتلبس بها ان لا تقل عقوبة الجنحة عن ستة اشهر٠

(٤) د٠ فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص٣٧٧ ، د٠ عمر الفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص٦١ ٠

(٥) تم النص على الاجراءات التحفظية في المادة ٣٥ من قانون الاجراءات المصري ٠

(٦)د٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٦٣٥ ، د٠ هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٣٩٠

(٧) على خلاف بين الفقهاء حول جواز التفتيش في حالة الاستيقاف، انظر د٠ هلالي عبد اللاه ،المرجع السابق ، ص٣٩١

(٨) نصت المادة ١/٥٢ من نفس قانون الاجراءات الكويتي وبينت انه " لكل شرطي ان يستوقف أي شخص ويطلب بيانات عن اسمه وشخصيته ان كان ذلك لازما للتحريات التي يقوم بها" ٠

الإجراء عندما اجازت القيام به ولو لم يضع الشخص نفسه موضع الريبة والشك[١].

ومن صور التوسع المنتقد لموقف محكمة النقض بشان الاستيقاف اجازتها اصطحاب الشخص المقبوض عليه ولو كرها من قبل رجال السلطة العامة ممن لا يتمتعون بصفة الضبطية القضائية ، وفي غير حالات التلبس الى قسم الشرطة اذا عجز الشخص عن ازالة اسباب الشبهة عن نفسه . وقالت بان مثل هذا الإجراء يعد من قبيل الاستيقاف لا القبض على الرغم من مساسه الجسيم بالحرية الشخصية دون سند قانوني ومخالفته للمفهوم المستقر للاستيقاف[٢].

واخيرا ، وقبل استعراض موقف القضاء من مسائل القبض ، يمكن بيان احكام الدفع ببطلان القبض على النحو التالي :

- ينبغي ان يكون للطاعن – اولا – مصلحة في الطعن ببطلان القبض . وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة بانه حيث لا مصلحة لا دعوى . فالمصلحة هي الفائدة العملية والمشروعة التي يراد تحقيقها من التمسك بالبطلان[٣].

وبناء على ذلك ، لا تتوافرالمصلحة في الطعن ببطلان القبض ما لم تعتمد المحكمة على الدليل الذي اسفر عنه القبض . فاذا لم تعتمد المحكمة على الدليل الناتج عن القبض المعترض على صحته فلا توجد مصلحة في الطعن[٤].

---

[١] فقد قالت في حكم لها " ان ما حصل من الضابط من استيقاف سيارة المتهم للبحث عن المأذون بتفتيشه هو صورة من صور الاستيقاف الذي لا يرقى الى مرتبة القبض وان حصل ذلك حصل بالقدر الذي يستلزمه امر التفتيش " نقض ٢٠ تشرين ثاني ١٩٥٦ ، مجموعة احكام النقض ، س٧ ، رقم ٧٨، ص٢١٩ ، ثم اجازت في قرار اخر لرجال مكافحة المخدرات استيقاف السيارات التي يشتبه ان يكون فيها مجرم فار من المعتقل . نقض ١٤ كانون اول ١٩٥٩، مجموعة احكام النقض ، س١٠ ، رقم ٩ ، ص٢١٧

[٢] فقد قالت في احد احكامها " متى توافرت مبررات الاستيقاف حق لرجل السلطة العامة اقتياد المستوقف الى مامور الضبط القضائي لاستيقافه والتحري عن حقيقة امره . نقض ٢٥ كانون ثاني ١٩٧٩ ، مجموعة احكام النقض ، س٣٠ ، رقم ٣٠ ، ص١٥٩ وقالت في حكم اخر بان استيقاف المتهم واقتياده الى مامور الضبط القضائي انما يحصل في سبيل تادية رجال الشرطة لواجبهم ازاء الوضع المريب الذي وضع نفسه فيه . وهذا المفهوم للاستيقاف لا يتوقف مع الراي الغالب في الفقه والقضاء للاستيقاف . فلا يملك رجال السلطة العامة الاصطحاب الجبري لاي انسان في غير حالة التلبس، والا كان الإجراء قبضا ، انظر هذا الراي د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٧٧

[٣] لمزيد من التفصيل حول نظرية المصلحة والطعن ، ينظر د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٥٧ وما بعدها .

[٤] جاء في احد قرارات محكمة النقض " .. ولما كان ابطال القبض على المطعون ضده لازمة بالضرورة اهدار كل دليل انكشف نتيجة القبض الباطل وعدم الاعتداد به في ادانته ، وكان لا جدوى من التصريح ببطلان الدليل المستمد من العثور على مخدر في جيب المتهم بعد ابطال مطلق القبض عليه والتقرير ببطلان ما تلاه متصلا به مترتبا عليه... " طعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٧ س ١٧ ،ص٢٥٥ ، مشار اليه لدى د. معوض عبد التواب ، الدفوع الجنائية ، المرجع السابق ، ٢١٤ ، انظر كذلك نقض ١٣ يونيه ١٩٥٥ ، مجموعة احكام النقض ، س٦ ، رقم٣٢٦ ، ص١١٢١ ، ونقض ٧مارس ١٩٧٦ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٧ ، رقم ٨ ، ص٢٩٤

اما صاحب المصلحة في الطعن ببطلان القبض فهو الشخص الذي وقع عليه امر القبض ولا يجوز لمن سواه ان يتمسك ببطلان القبض او التفتيش حتى لو كان شريكا للمتهم وهذه القاعدة مستمدة من قواعد البطلان المتعلق بصالح الخصوم بوجه عام[١].

ومتى رضى صاحب الشان في الدفع ببطلان القبض بهذا الإجراء سقط حقه في الدفع ببطلانه ويجب ان يكون الرضا صادرا عن ارادة حرة لا يشوبها أي عيب من العيوب[٢].

ولا يجوز الدفع ببطلان القبض اول مرة امام محكمة التمييز (النقض) لانه من الدفوع غير المتعلقة بالنظام العام ، ولان اثباته يتطلب تدخلا في تقدير كفاية الادلة التي استدعت القبض وهو ما لا تملكه الا محكمة الموضوع[٣].

وفي اطار موقف محكمة النقض المصرية من مسائل البطلان فقد تشددت في شروط القبض وابطلت العديد من الحالات لمخالفتها للقانون .

ومن حالات بطلان القبض انتفاء شرط الدلائل الكافية في الجرائم التي حددها المشرع المصري ، او انتفاء التلبس . وتطبيقا لذلك ، قضت بان ظهور الحيرة والارتباك على المتهم ووضع يده في جيبه عندما شاهد رجلي الحفظ امور لا تعتبر دلائل كافية على وجود اتهام مبرر للقبض[٤].وان مجرد كون المتهم من عائلة الشخص المطلوب القبض عليه في جناية قتل وارتباكه عند رؤية القوة فانه لا يكفي لتوافر الدلائل الكافية التي تبرر القبض عليه وتفتيشه[٥].

المطلب الثاني

موقف محكمة التمييز من القبض

اما محكمة التمييز ، فقد قالت في قرار لها حول وجوب توافر دلائل كافية تبرر القبض " ان مجرد وجود فتاة بين ركاب السيارة لا يسوغ ضبط الرخصة او القبض على السائق والركاب

---

(١) د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٢٥٦ ، من قرارات النقض الطعن رقم ١٨١٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٤ ، س١٨ ، ص٢١٩

(٢) د. رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص٢٥٦

(٣) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ، لما كان يبين من محضر جلسة المحاكمة ان الطاعن لم يدفع ببطلان اذن النيابة العامة بضبطه لانه غير مسبوق بتحريات جدية وكان هذا الدفع من الدفوع القانونية المختلطة بالقاقع التي لا يجوز اثارتها لاول مرة امام محكمة النقض .. طعن رقم ٣٥٣٦ س٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٨ ص٩٦٢ ، الطعن رقم ٢٠٩١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٩، س٣٠ ، ص٤٩٠ ، انظر د. مدحت الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص١٩٨ .

(٤) نقض اكتوبر لسنة ١٩٥٨ ، مجموعة احكام النقض ، س٨ ، رقم٢٠٥ ، ص٦٥

(٥) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٩ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٠ ، رقم ٢٥ ، ص١١٢ ، يبدو ان عبارة الدلائل الكافية التي وردت في المادة ٣٤ من قانون الاجراءات كانت قبل تعديل القانون سنة ١٩٧٢ ، حيث كان القانون لا يشترط في جميع الاحوال توافر التلبس ، كي يباشر مامور الضبط سلطة القبض ، وانما كان له مباشرة هذه السلطة في الجنايات عموما ولو في غير حالة التلبس . كما هو الحال في نص المادة ٩٩ من قانون الاصول الجزائية . انظلا د. رمسيس بهنام ، الاجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، مرجع سابق ، ص٤٨٥

واخذهم الى المخفر ما دام ان الفتاة لم تدع بوقوع تعد عليـــها ولم يقع من المذكورين ما يستدعي الاشتباه بارتكابهم جرما" [١].

بالمقابل قالت في قرار آخر ، ان الدلائل التي استند اليها رجال الضابطة العدلية وهي مشاهدتهم مواد مشتبهة في صندوق السيارة التي كانت متوقفة في منطقة مشبوهة تعتبر كافية للقبض على المتهم الذي كان يجلس في السيارة ، وان تفتيشهم لتلك السيارة بعد ذلك وضبط المخدرات فيها يتفق والقانون .[٢]

- لا يبرر القبض ، وفق تشريعنا ، لاعضاء الضابطة العدلية تفتيش المتهم في غير الحالات المسموح بها ، كالجرم المشهود وطلب النجدة من صاحب المنزل . [٣] ومع ذلك نجد بعض القرارات الصادرة عن محكمة التمييز تبرر التفتيش المستند الى القبض . حيث جاء في احد هذ القرارات " ان عملية القاء القبض على المميز وتفتيشه ما هي الا وسيلة للبحث عن الدليل " [٤]

- واذا تقرر بطلان القبض فانه يبطل كل ما يترتب عليه . هذا ما جاء في احد قرارات محكمة التمييز " ان مؤدى بطلان القبض هو بطلان كل ما ترتب عليه من آثار تطبيقا لقاعدة ان كل ما يرتب على الباطل فهو باطل . " وابطلت المحكمة الاعتراف الذي جاء نتيجة القبض الباطل . [٥]

- ابطلت في العديد من قراراتها اجراءات القبض المخالف لاحكام المادة ١٠٠ من الاصول الجزائية . فعلى موظف الضابطة العدلية أن يستمع لاقوال المشتكى عليه المقبوض عليه فورا ، واذا لم يقتنع بها يرسله خلال ثمان واربعين ساعة – ٢٤ ساعة بموجب التعديل – الى المدعي العام . وفي ذلك تقول محكمة التمييز في احد قراراتها " ان توقيف أو حجز عدد من المتهمين في دائرة مكافحة المخدرات لفترة من الزمن ، يعتبر أجراء مخالفا للقانون ولا يجوز تبريره بالمرة ، وتضيف المحكمة انه لا يضر العدالة أن يفلت مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بغير وجه حق " [٦]

وقالت في قرار حديث ومشابه ، ان القبض على المتهم واخذ اقواله لدى دائرة المخابرات العامة بتاريخ ١٩٩٩/٨/٢٤ واخذ افادته امام مدعي عام محكمة امن الدولة بعد فترة تزيد على ٢٥ يوما من اعتقاله يؤدي الى عدم سلامة الاقوال المضبوطة . [٧]

---

[١] تمييز جزاء ٩٧/٢٣٥، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٧ ، ص٢١١

[٢] تمييز جزاء ٢٠٠٠/٨١٥ سبقت الاشارة اليه

[٣] هنالك تشريعات تنص على ان توافر حالة القبض تبرر لاعضاء الضابطة العدلية اجراء التفتيش كالتشريع المصري

[٤] تمييز جزاء ٦٣٦ /٢٠٠٠، المجلة القضائية ، لسنة ٢٠٠٠، تاريخ ٢٠٠٠/٧/٣١

[٥] تمييز جزاء ٤٦٠/ ٩٧، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٧ ، ص ٣٨٤

[٦] تمييز جزاء ٩٧/٤٦٠ ، سبقت الاشارة اليه

[٧] تمييز جزاء ٢٠٠٠/١٩٠ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠، ص ٢٧١٦

المبحث الرابع
بطلان التفتيش

سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الاول
بيان ماهية التفتيش

لم يقم مشرعنا بتعريف التفتيش – كغيره من التشريعات – التي اوكلت هذه المهمة للفقه والقضاء . وعلى الرغم من تعدد التعريفات الفقهية فانها لا تخرج عن تعريفه بانه " اجراء من اجراءات التحقيق يباشر من مختص عند وقوع جناية او جنحة للبحث عن ادلة الجريمة متى استلزمت ضرورة التحقيق ذلك ، ويباشر في محل له حرمه سواء كان برضا من يباشر حياله الإجراء ام بغير رضاه[١]

ومن خلال التعريف السابق يمكن البحث عن اهم خصائص هذا الإجراء على النحو التالي :

– يعد التفتيش احد اجراءات التحقيق .

يرى الرأي الغالب في الفقه انه احد اجراءات التحقيق وليس اجراء استدلاليا[٢]. وقد بينت بعض التشريعات طبيعة هذا الإجراء بنصوص صريحة كالمشرع المصري الذي بين في المادة ٩١ من قانون الاجراءات الجنائية بان تفتيش المنازل عمل من اعمال التحقيق..[٣].

والواقع ان بيان هذه الطبيعة للتفتيش لا يحتاج الى نص طالما ان النصوص المنظمة لاحكامه تنبئ عن طبيعته القانونية هذه[٤].

ولا يمكن مباشرة هذا الإجراء بعد انتهاء التحقيق او احالة الدعوى الى المحكمة . لان الغاية منه البحث عن الادلة ، فاي تراخ يرجئ التفتيش الى ما بعد انتهاء التحقيق يجعل منه اجراء عديم الفائدة .علاوة على انه اجراء مفاجئ لا يحاط به المتهم مسبقا .ومع ذلك فاذا وجدت سلطة

---

(١) فقد عرفه د. محمود محمود مصطفى بانه " اجراء تحقيق يقوم به موظف مختص للبحث عن ادلة مادية لجناية او جنحة وذلك في محل خاص او لدى شخص وفقا للاحكام المقررة قانونا " الاثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن . مطبعة جامعة القاهرة ، ط١، ج٢، ١٩٧٨ ، وعرفه الدكتور احمد فتحي سرور بانه " اجراء من اجراءات التحقيق التي تهدف الى ضبط ادلة الجريمة موضوع التحقيق وكل ما يفيد في كشف الحقيقة " المرجع السابق ، ص٤٣٢ ، وقريب من هذه التعاريف د. سامي الحسيني ، المرجع السابق ، ص٣٧ .

(٢) د. حسن المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص٣٠٧ ، د. محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص٦٦٦ ، د. احمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص٤٣٢ ، د. هلالي عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص٥٨٣ ، د. عبد الاله النوايسه ، مرجع سابق ، ص٣٠٢ ، د. احمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص٣٧٣ ، د. حسن جوخدار ، مرجع سابق ، ص٣٦٩ ، علي حسن الطوالبه ، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت ، رسالة دكتوراة ، جامعة عمان العربية ، ٢٠٠٣ ،ص١٣

(٣) وفق الراي الغالب في الفقه ينصرف هذا المفهوم لتفتيش الاشخاص كذلك

(٤) احمد موسى الهياجنة ، اسباب بطلان التفتيش القضائي واثاره القانونية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية ، كلية الحقوق ، ١٩٩٨ ، ص١١

التحقيق امكانية الاستفادة من اجراء التفتيش ولو كان بعد فترة ليست قصيرة من بداية اجراءات التحقيق فانه يمكنها القيام به ضمن الضوابط الشرعية المختلفة[١].

وفي هذا الاطار يجب التفريق بين التفتيش القانوني الذي نحن بصدده وصور اخرى من التفتيش يجري فيها البحث عن اشياء او امور معينة الا انها ليست تفتيشا بالمعنى القانوني. فتفتيش الاشخاص اما ان يكون هدفه البحث عن الادلة ، اوقد يباشر من اجل اجل الحفاظ على سلامة الشخص الذي يجري تفتيشه ، او غيره لتجريده مما يحمله من اسلحة ،او ادوات قد تلحق الاذى به او بالاخرين . ويسمى هذا النوع من التفتيش بالتفتيش الوقائي[٢].

واذا تجاوز التفتيش الوقائي الغاية من اجرائه المتمثل في تجريد المقبوض عليه من الاسلحة والادوات التي تشكل خطر عليه وعلى الاخرين وتعدى الى البحث عن ادلة فانه يكون باطلا[٣]

وقد يجري التفتيش لغرض اداري الهدف منه البحث عن ادلة الجريمة . ولا يشترط لاتخاذه وقوع جريمة او اشتراط صفة الضابطة العدلية في متخذه . وقد يكون هذا الإجراء مقررا بنص القانون . كالنصوص التي تمنح مدير مركز الاصلاح الحق في تفتيش أي نزيل عند ادخاله و اخراجه من المركز[٤]. وعلى الرغم من ان هذا النوع من التفتيش لا يعد تفتيشا قانونيا فان ما يسفر عنه من دليل يعتبر صحيحا وتكون الجريمة متلبسا فيها.[٥]

ومن خصائص التفتيش القضائي ، كذلك ، انه ينطوي كغيره من الاجراءات الجزائية على تعرض قانوني لشخصية الانسان وحريته ، مع احاطة القانون بضمانات مختلفة لحفظ التوازن ما بين المصلحة العامة في القيام بهذا الإجراء وبين مصلحة الفرد في الدفاع عن حقوقه التي قد تنتهك من قبل السلطات ، فقد اباح القانون اجراء التفتيش جبرا عن الافراد مع توافر الضمانات المختلفة ، والا ترتب البطلان على عدم مراعاتها[٦].

---

[١] يرى جانب من الفقه امكانية اجراء التفتيش اثناء مرحلة المحاكمة لان القانون يعطي المحكمة الحق في ان تامر من تلقاء نفسها بتقديم أي دليل تراه لازما لظهور الحقيقة. ويمكن تصور قيام المحكمة باجراء التفتيش بصورة اوضح في الجلسات.انظر د. جلال ثروت ، نظم الاجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص٤٧٤، احمد هياجنه، مرجع سابق،ص١٤

[٢] د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٤٣٤ . يرى الدكتور محمد الجبور ان هذا النوع من التفتيش لا يحتاج الى نص . اذ لا يمكن التكهن باحوال الضرورة وضابطها مسبقا ، بل كل حالة تحكمها ظروفها الخاصة . د. محمد الجبور ، الاختصاص القضائي لمامور الضبط ، المرجع السابق ، ص٣٤١

[٣] نقض جنائي ١٠ شباط ١٩٧٣ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٥ ، رقم ٢٦ ، ص١١١

[٤] انظر المادة ١٠/ب من قانون مراكز الاصلاح والتاهيل رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠١ ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٤٥٠٣ تاريخ ٢٠٠١/٨/٢٨

[٥] د. عبد الاله النوايسة ، المرجع السابق ، ص٣٠٧

[٦] احمد موسى الهياجنة ، المرجع السابق، ص٦

وبذلك فان الإجراء الذي لا يحتوي على عنصر الاجبار لا يعتبر تفتيشا قانونيا • وقد لا يشترط استخدام القوة فيقوم الشخص الخاضع للتفتيش بالامتثال لامر التفتيش ، اما في حال معارضته فالاصل ان يكون للقائم بالتفتيش استعمال القوة اللازمة للتغلب على كل مقاومة او الاستعانة بالقوة اللازمة لتنفيذ امر التفتيش[١] • والى ذلك اشارت المادة ١٩ من قانون الاصول الجزائية عندما اجازت للمدعي العام والضابطة العدلية ان يطلبوا معاونة القوة المسلحة حال اجراء وظائفهم • والتفتيش بلا شك احد اهم هذه الوظائف •

ويهدف التفتيش الى الوصول للادلة المادية للجريمة • كالاسلحة في مكان الحادث او ضبط مواد ممنوعة كالمخدرات او ضبط بصمات اصابع مرتكب الجريمة او غير ذلك من الادلة المادية التي يمكن ضبطها • ولا يتخذ اجراء التفتيش الا بصدد جناية او جنحة ارتكبت • فلا يصح القيام به لجريمة لم تحصل بعد[٢].

المطلب الثاني
شروط التفتيش

اما شروط التفتيش القضائي للمساكن[٣]او الاشخاص والضمانات المتعلقة به • فيمكن اجمالها على النحو التالي :

- **وقوع جريمة •**

ان التفتيش باعتباره احد الاعمال الاجرائية لا يتخذ الا بصدد جريمة قد ارتكبت بالفعل، فبوقوع الجريمة وتوافر الدلائل الكافية على وجود عناصر للاثبات في المحل المراد تفتيشه فينشا السبب او المبرر للقيام بهذا الاجراء[٤].

ولا يصح اجراء التفتيش لضبط جريمة مستقبلية • ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على انها ستقع بالفعل • واذا وقع مثل هذا التفتيش فانه يكون باطلا •

وهذا الشرط مستقى من طبيعة التفتيش كعمل من اعمال التحقيق الابتدائي الذي لا يبدا الا بصدد دعوى مقامة اصلا[٥].

---

[١] د. مدحت الحسيني ، المرجع السابق ، ص٢٨٣

[٢] الى ذلك اشارت بعض قرارات محكمة النقض المصرية • انظر على سبيل المثال القرار ٢٦ كانون ثاني ١٩٨١ ، مجموعة احكام النقض ، س٥٠ ، ص٧٩ ، نقض ٢٠ شباط ١٩٧٩ ، مجموعة احكام النقض ، س٤٩ ، ص٩٦٢

[٣] بالرغم من ان تعريف المسكن ورد في المادة الثانية من قانون العقوبات فانه لا يوجد ما يمنع من الاخذ بهذا التعريف في نطاق الاصول الجزائية • مع التوسع في معنى السكن

[٤] احمد هباجنه ، مرجع سابق ، ص٣٧

[٥] د. حسن جوخدار ، المرجع السابق ، ص٢٦٧

وهذا بالطبع يختلف عن الحالة التي يشاهد فيها عضو الضابطة العدلية المتهم يتسلم او يسلم المخدرات ويقوم بتفتيشه بناء على حالة الجرم المشهود • ولا يشترط في الفعل الجرمي الموجب للتفتيش ان يكون تاما فلو وقفت الجريمة عند الشروع المعاقب عليه جاز اجراء التفتيش بناء على هذا الفعل[١] •

ولم يحدد المشرع نوع الجريمة التي تبرر اجراء التفتيش[٢] • حيث يرى جانب من الفقه ان احكام التفتيش تشمل جميع الجرائم طالما ان نص المواد (٣٣،٨١،٨٢) من الاصول الجزائية جاءت بصيغة عامة لتشمل (الجريمة) مهما كان نوعها[٣] • فالمادة ٨١ اجازت تفتيش المتهم اذا كان مشتبها فيه بانه فاعل (جرم)[٤] • وينتقد جانب اخر من الفقه التفسير السابق ويرى ان المخالفات تخرج من نطاق احكام التفتيش[٥] •

- توافر امارات تفيد في كشف الحقيقة •

ينبغي بالاضافة الى الشروط السابقة ان تتوافر امارات قوية مبنية على تحريات جدية للضابطة العدلية تفيد في كشف الحقيقة ، حتى يتسنى القول بجواز التفتيش • وقد اشارت الى ذلك المادة ١/٨٦ من الاصول الجزائية عندما بينت ان للمدعي العام ان يفتش المشتكى عليه وله ان يفتش غيره اذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة• ومع ان المشرع الاردني لم يشترط ان يكون للتفتيش فائدة في اظهار الحقيقة الا ان ذلك مفترض في كل تفتيش • وقد اجاز مشرعنا في غير احوال التلبس تفتيش منزل المشتكى عليه او غيره بناء على مجرد الاشتباه بانه فاعل الجرم او شريك فيه •

- اجراء التفتيش عن طريق السلطة المختصة به •

فالنيابة العامة هي الجهة صاحبة الاختصاص في اجراء التحقيق الابتدائي • وبالتالي فالمدعي العام هو الجهة صاحبة الصلاحية في تفتيش جميع الامكنة التي يحتمل وجود اشياء او اشخاص

---

[١] د• احمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٤٥٠

[٢] كان المشرع المصري واضحا في اشتراط ان تكون الجريمة من نوع الجناية او الجنحة لجواز اجراء التفتيش فيها • المادة ٩١ من قانون الاجراءات •

[٣] فاروق الكيلاني ، ج٢ ، المرجع السابق ، ص٤٠٣

[٤] د• عبد الاله النوايسة ، مرجع سابق ، ص٣٢٣ ويرى ان اقتصار التحقيق الابتدائي على الجنايات والجنح البدائية يخرج من نطاق التفتيش المخالفات والجنح الصلحية

[٥] احمد الحياجنة ، المرجع السابق ، ص٤٢ ويرى ان المشرع عندما عالج مفهوم الاشتراك الجرمي في قانون العقوبات فانه لم يتطرق الى الاشتراك الجرمي في المخالفات • والواقع ان جميع الاراء تتفق على اخراج المخالفات من نطاق احكام التفتيش لتفاهتها وان كان يستحسن بالمشرع ان ينص صراحة على ان يكون مجال التفتيش منحصرا بالجنايات والجنح التي تكون عقوبتها – مثلا – تزيد عن الحبس ثلاثة اشهر •

يساعد على اكتشافهم او اكتشافها على ظهور الحقيقة[١]. كما يجوز لاعضاء الضابطة العدلية القيام بهذه المهمة ضمن الشروط والاحكام الواردة في القانون[٢].

والواقع ان الصلاحية الممنوحة للمدعي العام في المادة ٨٢ بتفتيش جميع الامكنة التي يحتمل وجود اشياء او اشخاص فيها تساعد على ظهور الحقيقة ، يجب ان تفسر في ضوء المادتين السابقة واللاحقة لهذا النص ، واعتبار التحريات الواردة فيه تعني التفتيش [٣]

- تسبيب امر التفتيش .

لم يتطلب القانون الاردني تسبيب امر التفتيش ، وهذا قصور تشريعي يجب تلافيه ، سيما وانه توسعَ في اختصاصات الضابطة العدلية في دخول الامكنة واجراء التحري والتفتيش دون اذن قضائي[٤].

- حضور صاحب الشان اجراءات التفتيش .

وفق المادة ٣٦ من الاصول الجزائية فان التفتيش يجري بحضور المشتكى عليه موقوفا او غير موقوف . فان رفض الحضور او تعذر ذلك يجري التفتيش امام وكيله او مختار محلته او امام اثنين من عائلته ، والا بحضور شاهدين يستدعيهما المدعي العام لهذه الغاية .

اما التفتيش في غير احوال الجرم المشهود فيتم بحضور المشتكى عليه اذا كان موقوفا ، فاذا لم يحضر او تعذر عليه الحضور ، فيجب ان يحصل التفتيش بحضور مختار محلته او من يقوم مقامه او بحضور اثنين من اقاربه او شاهدين يستدعيهما المدعي العام[٥].

ففي حالة الجرم المشهود يجري التفتيش بحضوره ولو كان موقوفا خارج المنطقة التي يجب ان يحصل التفتيش فيها . اما في غير حالة الجرم المشهود فان التفتيش يجري بحضور المشتكى عليه اذا لم يكن موقوفا خارج المنطقة الواقع ضمنها منزله .

والقائم بالتفتيش في حال تعذر حضور المشتكى عليه غير ملزم باتباع الترتيب الوارد في المادتين٣٦،٨٣ من الاصول الجزائية لانها جاءت بصيغة التخيير .

---

(١) انظر المواد ٨١، ٨٢، ٨٣

(٢) يستطيع اعضاء الضابطة العدلية في حالتي الجرم المشهود وطلب صاحب البيت القيام بكافة الاجراءات التي هي من صلاحيات المدعي العام باستثناء الاستجواب ، ويكون التفتيش بالطبع من ضمن هذه الاجراءات التي يستطيعون القيام بها بالاضافة الى امكانية انتدابهم من قبل المدعي العام لهذه الغاية.

(٣) د. رفاعي السيد ، ضمانات المشتكى عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي ، منشورات جامعة آل البيت ، ١٩٩٧، ص ١٣٢

(٤) تم تعديل المادة ٩١ من قانون الاجراءات الجنائية المصري بالنص على تسبيب امر التفتيش انسجاما مع التعديل الدستوري الذي منع دخول المساكن وتفتيشها الا بامر قضائي مسبب وفق احكام القانون .

(٥) المادة ٨٣ من نفس القانون

من جهة اخرى فان المشرع الاردني لم يضع أي قيد زمني على اجراءات التفتيش تتم خلالها وذلك بخلاف بعض التشريعات التي حددت وقت التفتيش بان يبدا ما بين الساعة السادسة صباحا والتاسعة مساء[١].

واخيرا فانه لا يجوز لموظف الضابطة العدلية تفتيش الشخص المقبوض عليه قانونا وفق التشريع الاردني ، ذلك انه لا يوجد نص مشابه لنص المادة ٤٦ من قانون الاجراءات الجنائية المصري الذي يميز في حالة القبض على الشخص واجراء تفتيشه . فالتفتيش المسموح به عند القبض على الاشخاص وفقا للمادة ٩٩ من الاصول الجزائية هو التفتيش الوقائي لتجريد المقبوض عليه مما يحمله من اسلحة وادوات قد تضر به او تشكل خطرا على غيره ، ولا يجوز تفتيشه قضائيا الا بصدور اذن من الجهة المختصة[٢].

وتنص المادة ٨٦ من الاصول الجزائية على انه للمدعي العام ان يفتش المشتكى عليه وغيره اذا اتضح من امارات قوية انه يخفي اشياء تفيد في كشف الحقيقة واذا كان المفتش انثى فيجب ان يكون التفتيش بمعرفة انثى تنتدب لهذه الغاية .

وقبل ان نتعرض لموقف القضاء من مسائل التفتيش المختلفة نبين – باختصار – الموقف الفقهي من طبيعة بطلان التفتيش ، ويمكن رد الاراء التي قيلت في هذا الشان الى اربعة اتجاهات :

الاول : يرى ان كافة قواعد التفتيش الموضوعية او الشكلية هي قواعد مقررة لصالح الخصوم . مستندين في ذلك الى ما ورد في المادة ٣٣٣ من قانون الاجراءات المصري وما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع الاصلي لهذه المادة عندما بينت أن الاحكام الخاصة بالتفتيش غير متعلقة بالنظام العام ، [٣].

الثاني : يرى ان البطلان المتعلق بالتفتيش بطلان نسبي الا في احوال ثلاث وهي ، عدم حضور المتهم او من ينيبه متى امكن ذلك ، واذا صدر التفتيش في دعوى جنائية لم تحرك تحريكا صحيحا ، واذا صدر التفتيش مخالفا لقواعد الاختصاص[٤].

الثالث : وراي ثالث يفرق بين القواعد الموضوعية والشكلية . فالاول من النظام العام والثاني متعلق بمصالح الخصوم[٥].

الرابع : يرى بان جميع قواعد التفتيش متعلقة بالنظام العام[٦].

---

[١] المادة ٥٩/٢ من قانون الاجراءات الفرنسي

[٢] احمد المباحنة ، المرجع السابق ، ص٦٩

[٣] د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ، ج١ ، ص٣٢٨

[٤] د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان ، مرجع سابق ، ص١٧٠

[٥] د. توفيق الشاوي ، البطلان المطلق والبطلان النسبي ، المحاماة سنة ١٩٦٧، العدد٨، ص ص ١٠٤٢-١٠٤٤

[٦] د. محمود محمود مصطفى،الاثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق ،ص١٠٨،د.احمد هياجنة،مرجع سابق ،ص٢٠٧

المطلب الثالث

موقف القضاء من التفتيش

وبالرجوع الى احكام القضاء نجد قلة في احكام محكمة التمييز بشان مسائل التفتيش ان لم تكن نادرة • ولم يولِ قضاؤنا الاهمية اللازمة لاجراء هام ماس بحريات الناس ونظمه المشرع بالعديد من النصوص التي تكفل حسن القيام به • وفي ضوء ذلك يمكن الاشارة الى القضاء المقارن وعلى وجه الخصوص احكام محكمة النقض المصرية• لنحاول تفعيل دور القضاء الاردني والتوجه نحو وضع الضمانات المقررة قانونا موضع التنفيذ • ومن المسائل التي تطرق اليها القضاء ما ياتي :

– سبق القول ان اهم خصائص التفتيش اعتباره احد اجراءات التحقيق • ويمكن ان يستفاد هذا المعنى من احد احكام محكمة التمييز المتعلق بالاجراءات القاطعة للتقادم ، حيث جاء فيه "•• ان الاعمال التي تجريها السلطة بغية التنفيذ وتقطع التقادم هي الاعمال التي من شانها ان تؤدي مباشرة الى تنفيذ الحكم بحق المحكوم عليه ، كالقبض واجراءات التفتيش وطلب التسليم•• " (١)

– من شروط التفتيش الصحيح ان يكون بصدد جريمة مرتكبة سواء كانت تامة او في دور الشروع • وهذا ما اشارت اليه محكمة التميز في قرار قديم لها جاء فيه " وحيث ان دخول افراد الشرطة الى غرفة المضخة وتفتيشها والقبض على المتهم كان بسبب (اشتباههم) بوجود مسدس له داخل الغرفة • وحيث ان وجود مسدس من النوع المضبوط داخل الغرفة المذكورة لا يشكل جريمة • فان الدخول الى الغرفة لتفتيشها من اجل هذا الغرض ومن ثم القبض على المتهم ومحاولة سوقه الى المخفر لا يجوز بدون مذكرة تخولهم ذلك "(٢).

– وفيما يتعلق بجزاء مخالفة قواعد الحضور في التفتيش • فقد جاء في قرار لها ••بان شهادة المدعي العام حول تفتيش منزل المتهم ، والذي جرى في غير حضوره او حضور من ينوب عنه تبدو ضرورية ومنتجة في الدعوى لما لها من اثرفي تكوين قناعة المحكمة في صحتها كادلة للاثبات او استبعادها ، وان عدم اجابة الطب بدعوة المدعي العام للشهادة مخالف للقانون•

وتتابع المحكمة القول بانه لا يرد القول باعتبار اجراءات تفتيش منزل المتهم دون حضوره او حضور من ينوب عنه باطلة لمخالفتها لشروط المواد (٨٣–٨٥) من قانون الاصول الجزائية ، لان البطلان في الاصول لا يترتب على اغفال اجراء نص عليه القانون ، الا في حالة النص على البطلان او ورود النص على اجراء بصيغة الوجوب على اعتبار انه اجراء جوهري(٣).

---

(١) تميز جزاء ، ٨٩/٣١٤ ، المبادئ القانونية لمحكمة التميز في القضايا الجزائية المنشورة منذ بداية ١٩٨٩-١٩٩١ ، نقابة المحامين ، المكتب الفني ، ص١٥٢

(٢) تميز جزاء رقم ٥٩/٦٣ تاريخ ٥٩/١١/٩ مشار اليه لدى فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص٤٠٢ هامش (٢)

(٣) تمييزجزاء٢٩٢/١٩٩١، مجلة نقابة المحامين ،لسنة١٩٩١، ص ١٥٧٧

والواقع ان هذا القرار ليس بمنأى من النقد ويمكن بيان اوجه النقد في النقاط التالية :

١- لقد تم انتقاد قرارات سابقة اعتمدت في تحاشي تقرير البطلان على الصيغة التي ورد بها الاجراء ، وبينت في اكثر من موضع ان الصيغة ليست دائما حاسمة في هذا المجال . وان النظر الى جوهرية او عدم جوهرية الاجراء هي الفيصل في ترتيب البطلان عند المخالفة. ومما لا شك فيه ان اجراءات حضور التفتيش من الاجراءات المطلوبة التي ينبغي مراعاتها ضمانا لحسن تنفيذ اجراء هام كالتفتيش .

٢- واذا سلمنا بالتساهل بشان حضور الاشخاص المذكورين في حالة الجرم المشهود نظرا لما تمتاز به هذه الحالة من ضرورة الاستعجال للحفاظ على ادلة الجريمة ، فان فرصة المساس بحريات وحقوق الافراد تتضاءل في غير حالة الجرم المشهود .

٣- من خلال دراسة النصوص ذات العلاقة وربط كل منها مع الفئة التي تعنيها . نستخلص ان قواعد حضور التفتيش في غير حالات الجرم المشهود جوهرية وتستلزم مخالفتها البطلان . وبكلام اكثر وضوحا ، وبالرجوع الى المادة ٢/٣٨ والتي تنص على ما يلي " واذا تعذر وجود هؤلاء الاشخاص فيسوغ للمدعي العام تنظيم المحاضر بمعزل عنهم ويصرح بذلك في المحضر " والتي يستدل منها على امكان اغفال قاعدة الحضور ، غير انها وردت في معرض بيان وظائف المدعي العام في حالة الجرم المشهود وما في حكمه ، ولا يكون اعمالها الا في حالة الجرم المشهود دون الحالات الاخرى[١]

٤- لو اراد المشرع جعل قاعدة الحضور جوازية لاضاف الى نهاية المادتين ٨٣، ٨٥ من الاصول الجزائية عبارة " كلما امكن ذلك " .

فالاصل ان تجري معاملات التفتيش بحضور الشخص المعني موقوفا او غير موقوف فان تعذر حضوره جرت المعاملة امام وكيله او مختار محلته او اثنين من افراد عائلته . فحضور المدعي العام او الضابطة العدلية وحده غير كاف في تميز حالات الجرم المشهود لاضفاء ضمانة على حسن اجراء التفتيش وقضت المحكمة في قرار قديم لها بضرورة ان يكون التفتيش مشهودا من

---

[١] اما فيما يتعلق بموقف القضاء المصري . فلم تستقر احكامه على وتيرة واحدة ، بل انه قرر البطلان في حال مخالفة قواعد الحضور في قرار قديم لمحكمة النقض ،نقض٤/٣/١٩٣٥ ، مجموعة القواعد القانونية ،ج٣، رقم ٢٤٤ ، ص١٤٥، مشار اليه لدى د. سامي الحسيني ، مرجع سابق ،٢٧٤ .ثم عادت لتقول بانه لا مجال للنفي بالبطلان الذي يجريه مامور الضبط القضائي في منزل المتهم بانتداب سلطة التحقيق اذا حصل في غيبة المتهم ودون حضور شاهدين. لان القانون لم يجعل حضور المتهم في هذه الحالة شرطا جوهريا لصحة التفتيش . نقض٢٤/٢/١٩٧١ ، احكام النقض، س٢٢، رقم٢٢، ص٩٥، احكام النقض ،س٣٣، رقم١٤٠ ،ص٧٢٣ ، وقد تم انتقاد موقف القضاء المصري من قبل جانب كبير من الفقهاء على اعتبار ان هذه القواعد هي قواعد جوهرية يترتب على عدم مراعاتها يخلف الغاية المقصودة منها . وهي اتاحة الفرصة للمتهم لمواجهته بالراي المستمد من التفتيش ، وبزيادة الثقة في نتائج هذا الإجراء . وهي غاية لا تحقق من التفتيش دون مراعاة القواعد التي اوجبها القانون .

قبل الاشخاص المذكورين في القانون حيث جاء فيه " اذا كان التفتيش الذي اجراه ضابط التحقيق قد تم بتفويض خطي من المدعي العام بحضور نائب المختار فانه يعتبر تفتيشا قانونيا "[١]

– لما كانت قاعدة حظر تفتيش الانثى من انثى مثلها ، من النظام العام ، وقصد بها المحافظة على عورات المراة وما يخدش حياءها العرضي ٠ الا انني لم اعثر على أي قرار لمحكمة التمييز يبطل اجراء يتعلق بقاعدة تفتيش الانثى ٠ وتجدر الاشارة ان حصول مثل هذا الفعل يشكل بالاضافة الى بطلان الإجراء جريمة يمكن ملاحقة فاعلها بجرم هتك العرض او أي جريمة من الجرائم المخلة بالحياء وفق مقتضى الحال[٢].

---

[٢] تمييز جزاء ٣٣/ ٥٦، الموسوعة الجنائية الاردنية ، ج٢، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٤٣

[٢] يزخر القضاء المصري بابطال اجراءات التفتيش بناء على مخالفة هذه القاعدة ٠ وتطبيقا لذلك اقرت محكمة النقض المصرية ان امساك الضابط للمتهمة باليد اليسرى وجذبها عنوة من صدرها التي كانت تخفي فيه المخدرات ينطوي على مساس بصدر المرأة الذي يعتبر من العورات لديها ٠ نقض ١٩ نوفمبر ١٩٥٥، مجموعة احكام النقض ، س٦، ص١٣٤١ وقضت بانه لا يخالف القانون جذب المخدر من يد الانثى، نقض ٧مارس١٩٦٧ ،بمجموعة احكام النقض ، س١٧،ص٢٥٨

المبحث الخامس

بطلان التوقيف

سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

التعريف بالتوقيف وبيان ماهيته

لم يرد في التشريعات الاجرائية تعريف للتوقيف[١]. حيث تولى الفقهاء امر هذه المهمة . فعرفه البعض بانه " اجراء من اجراءات التحقيق الجنائي يصدر ممن منحه المشرع هذا الحق ويتضمن امرا لمدير السجن بقبول المتهم وحبسه . ويبقى محبوسا مدة قد تطول او تقصر حسب ظروف كل دعوى حتى ينتهي اما بالافراج عن المتهم اثناء التحقيق الابتدائي او اثناء المحاكمة ، واما بصدور حكم في الدعوى ببراءة المتهم او بالعقوبة وبدء تنفيذها عليه[٢].

وقد عرفه الاستاذان (ميرل وفيتي) بانه " حبس المتهم في دار التوقيف خلال مدة التحقيق الابتدائي كلها او بعضها ، او الى ان يصدر حكم نهائي في الدعوى[٣].

ويورد الفقهاء مبررات عديدة لاجازة التوقيف والاخذ به في التشريعات المختلفة ، فهو اجراء يهدف الى حماية المجتمع والمتهم عن طريق منع المتهم من العودة الى ارتكاب جريمة اخرى اذا بقي طليقا . وقد يكون في التوقيف حماية للمتهم في بعض الجرائم التي يخشى فيها من الانتقام . كما يهدف التوقيف الى الحفاظ على سير التحقيق والادلة من العبث بها من قبل المتهم او التاثير على الشهود لمحاولة طمس الحقيقة . واخيرا يضمن التوقيف تنفيذ الحكم بالمتهم عند توقيع العقوبة[٤].

---

(١) يطلق بعض التشريعات على التوقيف مصطلح الحبس الاحتياطي كالتشريعات ، المصري والليبي والجزائري والكويتي المواد ١٣٤، ١١٥، ١٢٣، ٦٩ على التوالي . في حين يطلق المشرع المغربي لفظ الاعتقال الاحتياطي ، والتونسي لفظ الايقاف التحفظي . المادتين ١٥٢، ١٨٤ على التوالي . ويبدو ان افضل لفظ هو ما اطلقه المشرع الاردني والتشريعات الموافقة له فهو لفظ لا يحتاج الى وصف يلحق به ليميزه عن الحبس الاحتياطي لاختلاطه بالحبس الذي توقعه المحكمة . كما شاع استخدام هذا المصطلح في الاتفاقات الدولية . انظر د. اسماعيل محمد سلامة ، الحبس الاحتياطي ، دراسة مقارنة ، عالم الكتب ، ط٢ ، ١٩٨٣ ،ص٢٦

(٢) د. حسن المرصفاوي ، الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ ،ص٣٥ ، وانظر في تعريف التوقيف في الفقه العربي ، د. رؤوف عبيد ، مرجع سابق ، ص٤٥٦ ، د. نظام المجالي ، الضوابط القانونية لشرعية التوقيف ، دراسة في التشريع الجزائي الاردني ، مجلة مؤته للبحوث والدراسات ، مجلده ، عدد٢ ، ١٩٩٠، ص٢٣٣ ، د. نائل عبد الرحمن ، التوقيف المؤقت والرقابة القضائية ، منشورات الجامعة الاردنية ، ١٩٨٥ ، ص٣٣ ، فاروق الكيلاني ، مرجع سابق ، ص١٥٤

(٣) Merele ,et , vitu : op . cit ,p . ٣٦٩

(٤) فاروق الكيلاني ، مرجع سابق ، ص١٥٦ ، د. نائل عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٤٢ ، وقد لاقت جميع الاعتبارات السابقة نقدا من الفقهاء على اعتبار انها لا تبرر التوقيف باعتباره اجراءا خطيرا ماسا بحرية المتهم ويعد خرقا لقاعدة الاصل في الانسان البراءة . وبالرغم من كل الانتقادات فقد اخذت به اغلب التشريعات ولكن ضمن حالات وضوابط تختلف من تشريع الى اخر

وبالرجوع الى القانون ، نجد ان المشرع الاردني قد جعل من مصلحة التحقيق احد مبررات التوقيف عندما نص في المادة ١١١من الاصول الجزائية على انه " للمدعي العام في دعاوي الجناية والجنحة ان يكتفي باصدار مذكرة حضور على ان يبدلها بعد استجواب المشتكى عليه مذكرة توقيف اذا اقتضى التحقيق ذلك " .

كما جعل من المحافظة على سير التحقيق والمحاكمة والامن العام مبررا للتوقيف عندما بين في المادة ٢/١٢٣ من نفس القانون بانه لا يخلى سبيل أي شخص اسند اليه جريمة جنائية ، غير انه يجوز للمحكمة التي سيحاكم امامها الشخص الموقوف ان تقبل في ظروف خاصة تخلية سبيله بالكفالة اذا رات ذلك لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ولا يخل بالامن العام .

بعد الاستعراض السابق لتعريف التوقيف ، نتوقف عند الشروط الموضوعية والشكلية لهذا الإجراء والضمانات المختلفة له على نحو يمكن معه بيان موقف القضاء من هذه الشروط ومسائله المتعددة . وذلك على النحو التالي :

- يجب ان يصدر التوقيف عن الجهة المختصة باصداره والتي خولها المشرع القيام به دون غيرها من السلطات . والا كان قرار التوقيف باطلا[١].

فاذا كانت الدعوى في طور التحقيق تختص السلطة التي تتولى التحقيق اصداره ، واذا احيلت الى المحكمة اختصت الاخيرة بالقيام به[٢]. ولخطورة هذا الإجراء فلا يجوز لاعضاء الضابطة العدلية من غير المدعي العام القيام به ولو في حالات الجرم المشهود او الحالات التي يمنحهم فيها المشرع ممارسة وظائف الاخير[٣].

- استجواب المتهم قبل توقيفه .الى ذلك اشارت المادة ١١١ من قانون الاصول الجزائية ، فللمدعي العام في دعاوى الجناية والجنحة ان يكتفي باصدار مذكرات حضور على ان يبدلها بعد استجواب المشتكى عليه بمذكرة توقيف اذا اقتضى التحقيق ذلك[٤].

---

(١) د.عبد الفتاح الصيفي ، تاصيل الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، والواقع ان قرار التوقيف الصادر عن جهة غير مختصة يعتبر في هذه الحالة منعدما

(٢) فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص١٥٩

(٣) هنالك بعض التشريعات النادرة تعطي حق التوقيف للشرطة .المادة ٦٩ من قانون الاجراءات الجزائية الكويتي .

(٤) وهذا بالطبع ضمن نطاق الجرائم التي يجوز فيها التوقيف في ضوء تعديل قانون اصول المحاكمات الجزائية ،فهنالك تعديلات جوهرية فيما يتعلق بالجرائم التي يجوز فيها التوقيف وتحديد حد اعلى لمدة التوقيف وذلك على نحو ما سيتم بيانه بعد قليل .

فالاستجواب شرط لتوقيف المتهم الحاضر ، ليتسنى له الدفاع عن نفسه وتفنيد الادلة القائمة ضده [١] فقد يتمكن من اقناع المدعي العام ويجعله يعدل عن توقيفه • وبالمقابل لا يستلزم الاستجواب ان يتبعه توقيف • فالمادة ١١٤من نفس القانون تجيز للمدعي العام بعد أجراء الاستجواب ان يصدر بحق المتهم مذكرة توقيف •

ولا يشترط بقرار التوقيف ان يعقب انتهاء الاستجواب ، فيجوز اصداره في أي وقت بعد الاستجواب ما دام ان التحقيق لم ينته بعد • ويستثنى من ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٠/ب والتي توجب على موظف الضابطة العدلية ان يستمع فورا لاقوال المشتكى عليه المقبوض عليه فاذا لم يقتنع بها يرسله خلال اربع وعشرين ساعة الى المدعي العام المختص • ويجب على الاخير ان يستجوبه في ظرف اربع وعشرين ساعة ثم يامر بتوقيفه او باطلاق سراحه[٢].

- توافر ادلة كافية تربط المتهم بالفعل المسند اليه

لم يكن مشرعنا ينص على هذا الشرط قبل تعديل المادة ١١٤ من الاصول الجزائية بموجب القانون المعدل رقم ١٦ سنة ٢٠٠١[٣].فقد كان التوقيف في السابق يعود تقديره الى المدعي العام فان شاء اوقف المشتكى عليه او اصدر قرارا بتخلية سبيله •

وقد ترتب على ذلك – من الناحية العملية – اسراف من قبل المدعين العامين في اصدار قرارات التوقيف دون دلائل كافية تشير الى ضلوع المتهم في الجريمة ، الامر الذي دعا جانبا من الفقه الاردني الى المناداة بتقيد سلطة المدعي العام ، بتوافر دلائل كافية ضد المتهم قبل اصدار قرار التوقيف[٤].والا اصبح هذا الإجراء نوعا من العقاب يوقعه المدعون العامون دون سند من القانون[٥]

- تحديد الجرائم التي يجوز فيها التوقيف

---

(١) كان قضاة الصلح – قبل تعديل القانون – يقومون في حالات غير قليلة بتوقيف المشتكى عليه بمجرد تحويله اليه من قبل الشرطة ، أو بناء على شكوى من احد الناس ، بل انه في بعض الاحيان يوقفه دون آن يستمع الى شهادة المشتكي ، وبشكل مثل هذا الإجراء خرقا واضحا لشروط التوقيف • انظر د• عبد الرحمن توفيق ، التوقيف وبعض الإجراءات الاخرى المقيدة للحرية الشخصية ، ندوة ضوابط التوقيف واخلاء السبيل بالكفالة ومعاييرهما ، والمعقودة في المعهد القضائي الاردني ، ١٩٩٧ ، ص ٣٥

(٢) قصر المشرع في هذه المادة المدة التي يستطيع عضو الضابطة العدلية الاحتفاظ بها بالمشتكى عليه من ثمان واربعين ساعة الى اربع وعشرين ساعة •

(٣) استلزم المشرع المصري في المادة ١٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية توافرادلة كافية على الاتهام

(٤) من التوصيات التي نادت بها الندوة التي عقدت في المعهد القضائي ، المرجع السابق ، ص ٨– ١١ بها وتظهر اهمية اشتراط توافر الدلائل في الحالة التي يشترط فيها المشرع استئناف قرارات تخلية السبيل بحيث تستطيع المحكمة التاكد من صحة توجه المدعي العام بالتوقيف •

(٥) انظر د• نظام المجالي ، الضوابط القانونية لشرعية التوقيف ، مرجع سابق ، ص٢٩٢

تاخذ التشريعات المختلفة في تحديد الجرائم التي يجوز فيها التوقيف او تلك التي لا يجوز فيها اتخاذ هذا الإجراء • اما بمعيار جسامة الجريمة او نوعها ، ومن التشريعات من يخلط بين المعيارين(١).

وقد اخذ المشرع الاردني بالمعيار الاول عندما اجاز للمدعي العام ان يصدر مذكرة توقيف بحق المشتكى عليه لمدة لا تتجاوز خمسة وعشرين يوما اذا كان الفعل المسند اليه معاقب عليه بالحبس لمدة تزيد على سنتين(٢)•او بعقوبة جنائية مؤقته •

وقد خرج المشرع على القاعدة السابقة بشان التوقيف في الجنح (الصلحية) التي لا تزيد عقوبة الحبس فيها على سنتين في حالتين :

الاولى : اذا كان الفعل المسند للمشتكى عليه من جرائم الايذاء او السرقة

الثانية : اذا لم يكن له محل اقامة ثابت ومعروف في المملكة على ان يفرج عنه اذا كان الفعل المسند معاقبا عليه بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وقدم كفيلا يوافق عليه المدعي العام يضمن حضوره عند الطلب •

كما خرج المشرع على هذا الاصل في بعض القوانين الخاصة كقانون محكمة امن الدولة عندما استثنى من احكام هذه المادة الجنح الخاضعة لاختصاص هذه المحكمة• ويبدو ان لهذا الاستثناء ما يبرره خاصة عندما نجد ان الجنح المقصودة هي تلك المتعلقة بجرائم المخدرات(٣).

اما في جرائم المخالفات فانه لا يجوز فيها التوقيف سواء في ظل القانون قبل التعديل او بعده ويستفاد هذا الحكم بالاضافة الى ما سبق ، من المادة ١٣١ من الاصول الجزائية التي تنص على ما يلي " اذا تبين للمدعي العام ان الفعل يؤلف مخالفة يحيل المشتكى عليه الى المحكمة المختصة ويامر باطلاق سراحه اذا لم يكن موقوفا لسبب اخر "

وحسنا فعل المشرع عندما الغى التوقيف الوجوبي في جرائم الاعدام والاشغال الشاقة والمؤبدة والاعتقال المؤبد • واجاز للمحكمة اخلاء سبيل من اسندت اليه احدى هذه الجرائم اذا وجدت ان ذلك لا يؤثر على سير التحقيق والمحاكمة ولا يخل بالامن العام(٤).

---

(١) د• محمد اسماعيل سلامة ، الحبس الاحتياطي ، مرجع سابق ، ص٩١

(٢) كان النص سابقا يسمح بالتوقيف في الجنايات والجنح عموما

(٣) انظر المادة ٢/٧ من قانون محكمة امن الدولة التي تعطي الدعي العام الحق بالتوقيف في الجنح الاخلة في اختصاص المحكمة بالرغم مما ورد في قانون اصول المحاكمات الجزائية

(٤) لقد هجرت اغلب التشريعات التوقيف الوجوبي ومنها التشريع الاردني الذي فتح المجال لامكانية اخلاء سبيل من اسندت اليه احدى هذه الجرائم خاصة ان فترة المحاكمة قد تطول ويلحق التوقيف بالمتهم اذى بليغا اذا ما تقرر براءته او عدم مسؤوليته

هذا فيما يتعلق بالشروط الموضوعية • اما الشروط الشكلية ، فيمكن بيانها على نحو سريع لننتقل الى موقف القضاء من مسائل التوقيف المختلفة ومحاولة البحث عن قرارات جديدة لمحكمة التمييز في ظل تعديل قانون اصول المحاكمات الجزائية فيما يتعلق باحكام التوقيف •

ومن الشروط الشكلية في قرار التوقيف ، ان يكون مسببا • وقد تراوحت مواقف التشريعات من مسالة اشتراط التسبيب ،حيث جاء قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني خاليا من النص على الزام المدعي العام بتسبيب هذا القرار ، وهذا نقص تشريعي يتمنى الباحث على المشرع تلافيه في ظل التعديلات الجوهرية التي اجراها على موضوع التوقيف ، وخاصة عند تجديد مدة التوقيف او اعادته •

ولا يكتمل ضمان التسبيب الا بضرورة ابلاغ المعني به ، وهو الامر الذي لم ينص عليه المشرع الاردني ، واكتفى بالنص على اجراء تبليغ مذكرة التوقيف وترك صورة عنها دون تبليغ الاسباب الداعية للتوقيف كتابة[١].

ومن التعديلات الهامة التي جاء بها قانون الاصول الجزائية فيما يتعلق بتاقيت مدة التوقيف • فبعد ان كانت المدة مفتوحة لا يحدها قيد اصبحت في ظل التعديل محددة في الجنح ومقيدة في الجنايات[٢]

فالاصل ان تكون مدة التوقيف في الجرائم التي يجوز فيها هذا الإجراء خمسة عشر يوما ويجوز تجديد هذه المدة في الجنايات لمدة ستة اشهر وفي الجنح لمدة شهرين[٣] ، الا اذا اقتضت مصلحة التحقيق استمرار التوقيف • عندئذ يجب على المدعي العام عرض ملف الدعوى على المحكمة المختصة بنظر الدعوى وللمحكمة بعد الاستماع الى اقوال الاطراف المعنية ان تقرر تمديد التوقيف لمدة لا تتجاوز شهرا في كل مرة على ان لا يزيد مجموع التمديد في جميع الاحوال في الجنح على شهرين[٤] •

المطلب الثاني

موقف محكمة التمييز من التوقيف

وبالرجوع الى موقف محكمة التمييز من مسائل التوقيف نجد ما يلي :

- وردت عدة قرارات عن محكمة التمييز ، بعضها يشترط لصحة التوقيف ان يكون مسبوقا باستجواب ، وبعضها الاخر لا يرى في التوقيف غير المسبوق بالاستجواب عيبا يرتب البطلان •

---

[١] وهذا مترتب بالطبع على عدم اشتراط المشرع تسبيب قرار القبض • انظر المادتين ١١٦ ، ١١٧ من الاصول الجزائية

[٢] مع استثناء الاعدام والاشغال الشاقة المؤبدة حيث يجوز للمدعي العام تجديد التوقيف لضرورات المشتكى عليه

[٣] المادة ١/١١٤ من الاصول الجزائية

[٤] انظر الفقرة الرابعة من المادة السابقة

فمن امثلة الطائفة الاولى ، قالت المحكمة ؛ انه لا يملك قاضي الصلح توقيف المشتكى عليه قبل استجوابه ، ولان قانون الصلح يوجب عليه ان يسير في الدعوى وفق الاحكام المبينة في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، والذي لا يجيز للمدعي العام توقيف المشتكى عليه قبل استجوابه[١]

ومن قرارات الطائفة الثانية تقول المحكمة ؛ ان مجرد تأخير الاستجواب الى ما بعد التوقيف لا يبطل الاعتراف الصادر عن المتهم [٢]

والملاحظ على موقف محكمة التمييز أن القرار الاخير الذي يمثل الطائفة التي يرى الباحث انها لا تتفق مع احكام القانون ، جاء في وقت حديث مقارنة مع القرار الاول الذي يمثل جانب الصواب ٠

- من القرارات الجريئة لمحكمة التمييز ما جاء في احدها من بسط لرقابتها على الاجراءات المتخذة اثناء سير الدعوى ٠ فقد جاء في هذا القرار ؛ انه وان كانت رقابة محكمة التمييز تنص على منطوق الحكم واسبابه دون الاجراءات الصادرة اثناء الدعوى فان لها مراقبة هذه الاجراءات وبيان مدى موافقتها للقانون ٠ وبناء على ذلك ، فاذا كان لمحكمة الاستئناف ان تصدر قرارا باعادة المتهم المخلى سبيله الى التوقيف لاعتبارات عدم وجود صلح في الدعوى وللمحافظة على الامن العام ، ثم عادت المحكمة بعد يومين واخلت سبيله فان ذلك مشروط بوجود المبرر ، فاذا انعدم فقد قرار المحكمة شرعيته ٠[٣]

- اجازت محكمة التمييز نظر قرارات اخلاء السبيل الصادرة عن محكمة امن الدولة على اعتبار ان قاضي الاصل هو قاضي الفرع [٤].

- اعتبرت " التحفظ " على المتهم دون اصدار مذكرة توقيف اجراء لحجز الحرية ، وهو مصطلح ليس له سند من القانون[٥] ، واعتبرت في قرار آخر الفترة التي تم احتفاظ المتهم فيها حتى تاريخ توقيفه هي بحكم التوقيف والتي امتدت ما يقارب شهرا[٦].

---

[١] تمييز جزاء ١٩٦٦/١٠٦، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٦٦،ص ١٢٢٥

[٢] تمييز جزاء ١٩٦٣/٨٠ ، مجلة نقابة المحامين ،لسنة ١٩٦٤، ص ١٢٨بالاضافة الى القرارات التي وردت في مبحث بطلان الاستجواب

[٣] تمييز جزاء ١٩٩٨/٧٥٤، مجلة نقابة المحامين ، لسنة١٩٩٨ ، ص١٠٣٣

[٤] تمييز جزاء ١٩٩٨/٢٤١ ، هيئة عامة ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨ ، ص١٥٥٢

[٥] تمييز جزاء ١٩٩٨/١٠٥ ، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٨ ، ص٣٩٤ ، تاريخ ١٩٩٨/٣/١٩

[٦] تمييز جزاء ١٩٩٥/١٤٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥ ، ص٢٨٤١

المبحث السادس

بطلان الشهادة

سيتم تقسيم هذا البحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

التعريف بالشهادة وبيان أحكامها

لم يعرف مشرعنا – كغيره من التشريعات الجزائية – الشهادة ، واكتفى بتنظيم قواعدها تحت فصل خاص بعنوان " سماع الشهود " [١]

وقد تولى الفقهاء تعريفه بتعريفات مختلفة لا تخرج عن اعتباره ، وسيلة من وسائل الاثبات يقرر فيها الشاهد ما وقع تحت بصره ، او سمعه ، او ادركه باي حاسة من حواسه بشان الواقعة محل التحقيق [٢].

وتعد الشهادة من أدلة الاثبات ذات الاهمية البالغة في مجال الدعوى الجزائية ، سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي او النهائي • فكثيرا ما تقوم بدور الدليل الوحيد في الدعوى ويبنى عليها حكم دون الحاجة الى ادلة أخرى • لذلك عنيت التشريعات المختلفة بتنظيم احكامها واحاطتها بضمانات متعددة بغية حمايتها عن كل المؤثرات السلبية التي قد ترافق اداءها •

وساحاول في هذه الفسحة المتاحة ، بيان بعض احكام الشهادة ، وصولا الى دور القضاء في مراقبتها ، وابطاله كل شهادة تخالف القواعد التي وجدت لتنظيمها • ولن يقتصر هذا البحث على دور الشهادة في مرحلة التحقيق الابتدائي ، بل سيتعداه الى مرحلة المحاكمة •

اولا : القواعد المتبعة في اداء الشهادة

اجاز المشرع للمدعي العام سماع الشهود الوارد أسماؤهم في الاخبار او الشكوى والاشخاص الذين يرى ان لديهم معلومات حول الواقعة المطلوب الشهادة عنها ، او الاشخاص الذين يحددهم المشتكى عليه • او اذا تبرع احد الاشخاص لاداء الشهادة من تلقاء نفسه • [٣]

---

[١] انظر المواد من ٦٨ – ٨٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٢] انظر في تعريف الشهادة :د• علي زكي العرابي ، المبادئ الاساسية للاجراءات الجنائية ، ج١ ، المرجع السابق ، ص ٤٧٦ ، د• محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٤٨٠ ، د• هلالي عبد اللاه ، النظرية العامة للاثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٧٦٢ ، د• محمد نجم ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ ، د• د• احمد فتحي سرور ، الرجع السابق، ص ٣٦٩ ، د• عماد محمد ربيع ، حجية الشهادة في الاثبات الجنائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٩٩ ، ص ٩٣ ، ويقصر جانب من الفقه في تعريفه للشهادة على ادراك الواقعة عن طريق حاستي البصر والسمع ، دون ذكر للحواس الاخرى • انظر د• شهاد البرشاوي ، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعملية ، دار الفكر العربي ، رسالة دكتوراة ، ١٩٨٢ ، جامعة القاهرة ، ص ١٨ ، د• عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص٣٤٠ ، د• ابراهيم القماز ، الشهادة كدليل اثبات في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ص ١٩٨٠ ،ص ٤٥

[٣] المادة ٦٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

وقبل ان يكون الشاهد مكلفا بالحضور ، يجب ان يبلغ مذكرة الدعوة لاداء الشهادة قبل اليوم المحدد لاستماعه باربع وعشرين ساعة على الاقل .[١]

وبعد ان يمثل الشاهد امام المدعي العام يتثبت من هويته ويساله عن اسمه وشهرته وعمره وباقي المعلومات المتعلقة بشخصه ، ويحلف اليمين بان يشهد بواقع الحال دون زيادة او نقصان ويتم تدوين كافة هذه المعلومات في المحضر[٢].

والشهادة اما ان تكون مباشرة ، يروي فيها الشاهد ما ادركه مباشرة باحدى حواسه ۰ واما ان تكون سماعية ، يذكر فيها الشاهد ما استقاه او سمعه من غيره ۰

ويرى جانب من الفقه انه لا يجوز الاخذ بالشهادة السماعية كدليل مستقل في الاثبات ولابد من تعزيزها ببينة اخرى[٣]. وبالمقابل يرى جانب اخر من الفقه الاخذ بها كدليل مستقل[٤].

وقد حسم مشرعنا امره بقبول الشهادة السماعية[٥] عن قول شاهد في نفس الدعوى وعن اقوال المجني عليه المتعلقة بفعل التعدي او بالظروف التي رافقته على ان يكون اخباره عن فعل التعدي او ظروفه قد تم حين وقوع الفعل او بعد برهة وجيزة حالما سنحت له الفرصة.

كما يجوز الاخذ بالشهادة السماعية عن اقوال صدرت من المجني عليه وهو على فراش الموت كنتيجة مباشرة لفعل التعدي محل الشهادة[٦].

اذا ، يجب ان يشهد الشاهد على ما راه او سمعه او ادركه باحدى حواسه ۰ ولا يجوز للشاهد ان يشهد حسب ارائه ومعتقداته الشخصية ۰

---

[١] المادة ٦٩ من نفس القانون

[٢] المادة ٧١ من نفس القانون

[٣] د۰ احمد فتحي سرور ، الوسيط في الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٣٧٠

[٤] د۰ رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق،ص٤٥٨ ۰ وقد اخذت بهذا الراي محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها ۰ فقد قضت في احد الاحكام بانه ليس في القانون ما يمنع من الاخذ برواية ينقلها شخص في الدعوى اذ المرجع في تقدير قيمة الشهادة ولو كانت منقولة الى محكمة الموضوع وحدها ، فمتى صدقتها واطمأنت الى صحتها ومطابقتها للحقيقة فلا تصح مصادرتها في الاخذ بها والتعديل عليها " نقض ٣كانون اول ١٩٨٠، مجموعة احكام النقض ، س٣١ ، ص١٠٥٩ ، نقض كانون اول ١٩٥٢ ، مجموعة احكام النقض ، س٣ ، ص٤٥٢

[٥] تنص المادة ١٥٦ من الاصول الجزائية على ما يلي " تقبل الشهادة على سماع عن قول قيل في الوقت الذي يزعم موضوع الجرم فيه او قبل وقوعه او بعده ببرهة وجيزة اذا كان يتعلق مباشرة بواقعة او وقائع لها مساس بالقضية على ان تكون هذه الشهادة قد نقلت عن شخص هو نفسه شاهد ايضا "

[٦] والشهادة السماعية (غير المباشرة) غير مقبولة قانونا الا في حالات اربع هي : الشهادة عن قول شاهد في نفس الدعوى ، والشهادة عن اقوال المجني عليه المتعلقة بفعل التعدي ، والشهادة عن اقوال المجني عليه المرتبطة بظروف الجريمة ، والشهادة عن اقوال المجني عليه عند الاحتضار ۰ لمزيد حول الشهادة السماعية انظر فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص ص ٣٠٩ — ٣١٤ ، د۰ محمد نجم ، المرجع السابق ، ص ص ٣٠٤ — ٣٠٦

ومن القواعد الاساسية في الشهادة ان تتم مشافهة ، فقاعدة شفوية الشهادة اصبحت من القواعد الهامة لدى اغلب التشريعات • وقد استثنى المشرع من هذه القاعدة حالات تعذر احضار الشاهد الذي شهد في التحقيقات الاولية بعد حلف اليمين لوفاته او مرضه او غيابه عن المحكمة او لاي سبب اخر ترى المحكمة معه عدم تمكنها من سماع شهادته[١].

واذا دعي الشاهد لاداء الشهادة فانه ملزم بالمثول امام الجهة التي طلبته • واذا تخلف عن الحضور دون عذر مشروع فللمحكمة ان تقضي بتغريمه حتى عشرين دينارا[٢].

لذلك تحاط الشهادة بضمانات مختلفة منها ، اداء الشاهد اليمين ، وان يكون الشاهد محايدا ، والاستماع الى شهادته على انفراد ، امكانية المواجهة بين الشهود •

ثانيا : شروط وضمانات الشهادة•

- التزام الشاهد باداء اليمين •

يتعين على كل شاهد يجوز الاستماع الى شهادته ان يحلف اليمين التي يحددها المشرع قبل ان يشرع في سردها • فهذا الإجراء احد اهم الضمانات التي تضفي على الشهادة الثقة التي يتعين ان تتوفر لها كي يستطيع القاضي ان يركن اليها عند وزن البينة • وهي من ناحية اخرى ضمانة شكلية تلفت انتباه الشاهد الى اهمية ما يقوله ويجعله حريصا على قول الحق[٣].

واجاز القانون سماع افادة الاشخاص الذين لم يبلغوا الرابع عشرة من عمرهم بدون ان يحلفوا اليمين ، اذا راي المدعي العام انهم لا يدركون كنه اليمين[٤].

ويحلف الشاهد الصيغة الواردة في القانون بان يشهد بواقع الحال بدون زيادة او نقصان ويدون ذلك في المحضر[٥].

والاصل ان تكون الشهادة التي لم تؤيد بحلف اليمين باطلة[٦]. الا ان المشرع الاردني لم يبطل مثل هذه الشهادة واجاز للمحكمة ان تاخذ بها ولو على سبيل الاستدلال[٧].

---

[١] كانت هذه المادة تحدد حالات العجز والمرض ومغادرة البلاد • ثم توسع المشرع عند تعديل هذه المادة واجاز للمحكمة ان تقوم بتلاوة الشاهد لاي سبب اخر ترى معه عدم تمكنها من الاستماع اليه • انظر المادة ١٦٢ من الاصول الجزائية

[٢] انظر المادة ١٦٣ من نفس القانون

[٣] ميرل وفيتي ، المرجع السابق ، ص١٥٧

[٤] المادة ٧٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٥] انفرد التشريع الاردني في المادة ١٧٤ من القانون السابق على اشتراط ان يكون الحلف بالله العظيم امام المحكمة ويحلف امام المدعي العام بان يشهد بواقع الحال دون زيادة اة نقصان ولا يوجد مبرر للتفرقة في الصيغة بين الحالتين ، انظر د• عماد ربيع ، المرجع السابق ، ص٣٥٨ هامش (٢)

[٦] د• حسن جوخدار ، المرجع السابق ، ص٣١٨

[٧] تنص المادة ٣/٢١٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية على ما يلي " يجوز للمحكمة ان لا تاخذ بشهادة الشاهد الذي لم يحلف اليمين او انه رفض حلفها "

- ان يكون الشاهد محايدا ٠

اجاز المشرع لفئة معينة الحق في الاحجام عن اداء الشهادة مراعاة لظروف معينة ٠ فاصول المتهم او فروعه او زوجته يحق لهم الامتناع من اداء الشهادة ضده او ضد شركائه[١].

ومن الاشخاص الممنوعين من اداء الشهادة ، الملزمون بحفظ الاسرار كالمحامين والاطباء ومن في حكمهم[٢]٠ وكذلك الاشخاص الممنوعون من اداء الشهادة بحكم الوظيفة ، قاضي الحكم ، والمدعي العام ، والكاتب ٠ واذا اقتضى الامر ان يؤدوا شهاداتهم فيتم استبدالهم بغيرهم في الدعوى ، وعندئذ تنطبق عليهم باقي قواعد الشهادة ٠

ولا يجوز سماع المتهم كشاهد ضد نفسه[٣] او التباطؤ في توجيه الاتهام لشخص قامت دلائل كافية على اتهامه من اجل الاستماع له كشاهد ، والحصول منه على معلومات لا يدلي بها لو وجه اليه الاتهام[٤].

- الاستماع الى شهادة الشاهد على انفراد وامكانية اجراء المواجهة

ويستمع[٥] المدعي العام بحضور كاتبه الى كل شاهد على حدة ، وقد اجاز المشرع عند تعديل هذه المادة للمدعي العام ان يجري مواجهة بين الشهود بعضهم ببعض اذا اقتضى التحقيق ذلك [٦].

---

[١] انظر المادة ١٥٣ من نفس القانون ، كانت هذه المادة قبل التعديل تبدا بكلمة " لا تقبل " شهادة هذه الفئة وعند التعديل اجاز المشرع سماع شهاداتهم ٠ وابقى المادة ١٥٥ دون تعديل والتي كانت في ضوء النص القديم استثناء على عدم قبول شهادة هذه الفئة ضد المتهم ٠ وبذلك فان المادة ١٥٥ لم يعد لها مبرر في ضوء في ضوء تعديل المادة ١٥٣

[٢] انظر المادة ٣٧ من قانون البينات ، والمادة ٦٠ من قانون نقابة المحامين

[٣] ميرل وفيتي ، المرجع السابق ، ص٣٢٢

[٤] وهو الذي اولاه المشرع الفرنسي عناية خاصة عندما استثنى الاتهام المنافر من شرط وقوع الفرد لتقرير البطلان ٠ انظر المادة ١٠٥ قانون الاجراءات الفرنسي

[٥] من المقرر ان الشاهد يسمع ولا يستجوب ٠ فالمشرع يفرد فصلا في سماع الشهود ٠ وعلى المحقق ان يترك الشاهد يدلي بشهادته بحرية تامة ودون تدخل ٠ بعدها يتدخل بأسئلة لتحديد اطار الشهادة وحدودها ٠ ويستجلي منه عن مصدر المعلومات ويدون الشهادة باسلوب الشاهد مهما اتصفت بالعامية او الركاكة ٠ انظر د٠ احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٣٨١

[٦] المادة ٧٠ من نفس القانون ٠ يرى الفقيه الفرنسي برادل ان النص على الاستماع الى الشهود فرادى ليس له اهمية من الناحية العملية في ضوء السماح للمدعي العام باجراء مواجهة بين الشهود ٠ براول ، المرجع السابق ، ص١٥٧ ، والواقع ان هذه الاهمية موجودة طالما ان المواجهة ليست الزامية ٠ كما يستحسن بالمشرع ان يكمل مبدا المواجهة بالسماح باجرائها بين المتهم والشهود اسوة بالتشريعات المقارنة ، انظر المادة ١٠٢ من قانون الاجراءات الفرنسي ، المادة ١١٢ من قانون الاجراءات المصري ٠

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي في الشهادة

وبالرجوع الى احكام القضاء بشأن بعض مسائل الشهادة يمكن ملاحظة ما يلي :

- يبدو ان موضوع شهادة الصغير غير المميز من اكثر المواضيع التي لقيت تباينا واضحا في قضاء محكمة التمييز ، وصدر عنها عدة قرارات للهيئة العامة للمحكمة كل واحد منها ياخذ منحا مغايرا لما سبقه من اجتهادات .

فقبل قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز رقم ٩٧/٦٣٠ الصادر في ٩٨/١/٥[١] كان القضاء لدى هذه المحكمة مستقرا على قبول شهادة الصغير غير المميز باعتبارها شهادة اخذت على سبيل الاستدلال ، ولا يحكم بمقتضاها ما لم تؤيد ببينة اخرى[٢].

وبموجب القرار رقم ٩٧/٦٣٠ فقد اصبحت شهادة الطفل غير المميز غير مقبولة ، لانها وفق راي المحكمة ، غبر جديرة بالثقة ، على خلاف شهادة الشاهد الذي تؤخذ اقواله على سبيل الاستدلال[٣]

واستمر الاجتهاد على هذا المنوال فترة من الزمن وصدرت عن المحكمة قرارات ترفض بموجبها قبول شهادة الصغير غير المميز لكن بصورة اقل تاكيدية[٤]. فعلى سبيل المثال ، جاء في قرار صادر بتاريخ ٩٨/١/١٠ " ان شهادة المجني عليه الذي هو في السادسة من عمره وغير مميز ، واقواله كانت قد اخذت على سبيل الاستدلال لا تصلح بينة لبناء حكم عليها[٥].

والواقع ان توجه محكمة التمييز خلال تلك الفترة حول استبعاد شهادة الصغير من عداد البينات وعدم الاخذ بها ، اثار الكثير من التساؤلات حول مدى صحة هذا التوجه ، خاصة في قضايا الاعتداءات الجنسية والتي يكون ضحيتها احد الصغار ، الذي يروي ما حصل معه الى والده او والدته فتحرك الدعوى الجزائية على هذا الاساس ، فكان لابد من وضع ضوابط معينة

---

(١) مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٨ ، ص٣١١

(٢) انظر على سبيل المثال القرارات التالية : تميز جزاء رقم ٩١/٢٩٥ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤ ، ص١٣٣٣ ، تميز جزاء ٢٩٣/٢٢٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة١٩٩٥ ، ص٣٤١ ، تميز جزاء ٩٣/٢٨٥ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥ ، ص٣٥٧ ، تميز جزاء ٩٤/٣٧٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥ ، ص١٤٨٨ ، تميز جزاء ٩٥/٣٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥ ، ص٢٨٢٦

(٣) وتضيف المحكمة ان الصغير غير المميز يسهل التاثير عليه .. وطالما ان شهادة والدي الطفل منقولة عن الطفل نفسه فلا تعتبر قانونية لانها مجرد ترديد لشهادة الطفل وهي ضعيفة ولا تصبح قوية بمجرد ترديد الاخرين لها

(٤) د. معتصم مشعشع ، شهادة المجني عليه الصغير غير المميز ، مجلة المنارة الصادرة عن جامعة ال البيت ،المجلد٥، العدد٢ ، لسنة ٢٠٠٠ ، ص٤٠٥

(٥) تميز جزاء ٩٧٠/٦٩٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨ ، ص٩٩٤ ، وانظر كذلك ٥٧/٦٦٢ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨ ، ص١٠٠٨

لحماية هذه الفئة عن طريق قبول الشهادة الصادرة عنهم ، وبالتالي الرجوع الى القرارات القديمة التي كانت تجيز الاخذ بشهادة الصغير على ان يترك امر تقدير الشهادة بالنتيجة الى المحكمة ·

وفي ضوء ذلك صدر قرار اخر عن الهيئة العامة يجيز الاخذ بشهادة الصغار وقد جاء فيه " وقد استقر الامر اخيرا الى الاخذ بشهادة الصغير غير المميز على سبيل الاستدلال · وفي ضوء تعديل المادة ١٥٨ فان مثل هذه الشهادة لا يجوز الاعتماد عليها في الاثبات ما لم تؤيد بينة اخرى غير منقولة عنها · وكانها اصبحت من الناحية العملية شهادة غير مقبولة لغايات الاثبات[١]·

وقبل فترة قليلة ، وفي ضوء رعاية المشرع للاطفال الذين هم دون الخامسة عشرة من العمر ، فقد صدر تعديل آخر للمادة ١٥٨ من الاصول الجزائية بموجب القانون المؤقت رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٣ باضافة فقرة ثالثة الى فقرتيها ، جاء فيها " مع مراعاة احكام المادة ٧٤ والفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة ، يجوز للمدعي العام أو المحكمة اذا اقتضت الضرورة وبقرار معلل استخدام التقنية الحديثة وذلك حماية للشهود الذين لم يكملوا الثامنة عشرة من العمر عند الادلاء بشهادتهم وعلى أن تمكن هذه الوسائل أي خصم من مناقشة الشاهد اثناء المحاكمة ، وتعد هذه الشهادة بينة مقبولة"

من المؤمل أن يحمي التعديل السابق هذه الفئة من الاطفال بشكل اكبر اذا تم الاستعانة بوسائل التقنية الحديثة ، وخاصة ما ورد في علوم النفس أو الطب أو الاجتماع ·[٢]

- وردت العديد من قرارات محكمة التمييز حول مخالفة الشروط والحالات الواردة في المادة ١/١٦٢ من الاصول الجزائية والمتعلقة بجواز تلاوة اقوال الشاهد في التحقيقات الاولية اذا تعذر سماعه لدى المحكمة في الحالات الواردة في هذه المادة قبل التعديل وهي : الوفاة او العجز او المرض او الغياب عن البلاد ·

اما بعد التعديل فقد توسعت صلاحيات المحكمة واجاز المشرع لها تلاوة الاقوال في أي حالة يتعذر فيها احضار الشاهد · فقد جاء في قرار حديث غير منشور ما يلي " اجازت المادة ١٦٢

---

[١] من القرارات الحديثة وغير المنشورة في هذا المجال ما جاء في احدها " يستفاد من المادة ١/١٥٨ من الاصول الجزائية انها اجازت سماع الشهود الذين لم يبلغوا خمس عشرة سنة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال اذا تبين انهم لا يدركون كنه اليمين · الا ان الفقرة الثانية من المادة المذكورة بصيغتها المعدلة بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ اشترطت لقبول هذه الشهادة للادانة ان تكون مؤيدة ببينة اخرى غير منقولة عنها · تمييز جزاء ٢٠٠٣/٣٨٤ تاريخ ٢٠٠٣/٥/٦ وتمييز جزاء ٢٠٠٣/٩٦ تاريخ ٢٠٠٣/٣/٦ ، تمييز ٢٠٠٢/٣٧٢ تاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٤

[٢] مع ملاحظة آن صياغة النص لم تكن دقيقة في بيان هذه الوسائل فضلا عن أن الارتفاع بالسقف العمري الى الثامنة عشرة ليس له ما يبرره طالما آن السن المطلوبة للشهادة هي الخامسة عشرة وليست الثامنة عشرة · انظر د· معتصم مشعشع ، مرجع سابق ، ص ٤٣٩

من الاصول الجزائية للمحكمة تلاوة شهادة الشاهد الذي ادى شهادته بعد حلف اليمين في التحقيقات الاولية اذا تعذر احضاره للمحكمة "[١].

– جاء في قرارات لها ان الاشخاص الذين يجوز لهم الامتناع عن اداء الشهادة واردون على سبيل الحصر لا الاستثناء ، وليس من بينهم المصدر في جرائم المخدرات ، وقالت المحكمة في احد هذه القرارات " ان قول محكمة امن الدولة بان مكافحة جرائم المخدرات وطبيعة اعمال المصادر في هذه القضايا يقتضي احاطة المصادر بقدر من السرية، فانه قول يتعارض مع رسالة القضاء السامية ومهامه الجليلة في تحقيق العدالة ، سيما وان حماية المتعاونين مع اجهزة المكافحة يخرج عن وظيفة القضاء "[٢].

– لم تجز المحكمة الاستغناء عن سماع الشهود ولو بموافقة المدعي العام والمتهم ، جاء في قرار صادر عن الهيئة العامة للمحكمة ما يلي " لا يجوز صرف النظر عن سماع الشاهد او الاكتفاء بشهادته التحقيقية ، وان وافق على ذلك الدفاع والمدعي العام .. ذلك ان الاستماع للشهود هو من واجب المحكمة حتي يتسنى لها تقدير كافة البينات ، طبقا لمبدا تساند الادلة وشفوية الشهادة باستثناء الاحوال المنصوص عليها في المادة ١٦٢ من الاصول الجزائية[٣]

– اجازت المحكمة اجتزاء الشهادة شريطة ان تقدم محكمة الموضوع المسوغات الكافية على استثناء الجزء الاخر من الشهادة ، حيث جاء في قرار صادر عن الهيئة العامة " ان عدم قناعة محكمة الجنايات الكبرى بالجزء الاكبر من شهادة المشتكية يعني انها اعتبرتها غير صادقة في الجزء الاكبر منها فان ادانتها للمشتكى عليه بناء على ما جاء في جزء من شهادة المشتكية هي ادانة غير قانونية .. "[٤].

– اكدت محكمة التمييز عدم بطلان الشهادة غير الماخوذة تحت القسم واعتبرتها شهادة ماخوذة على سبيل الاستدلال ، حيث جاء في قرار لها " من المعلوم انه يقتضي على المدعي العام ان يحلف الشاهد اليمين عند استجوابه عملا بالمادة ٧١ من الاصول ، ويجري تحليفه اليمين بمقتضى المادتين ١٧٤و٢/٢١٩من ذات القانون اذا استحقت شهادته اثناء المحاكمة، ولا تؤخذ الشهادة بدون يمين الا علىسبيل الاستدلال .. "[٥].

---

(١) وتضيف المحكمة ان تلاوة افادة شاهدة ارتحلت من مكان سكنها الى جهة غير معروفة امر يوافقه القانون ، تمييز جزاء ٢٠٠٣/٤٠٤ تاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢ ، وتمييز جزاء ٢٠٠٢/٧٧٧ تاريخ ٢٠٠٢/٩/٩

(٢) تمييز جزاء ٢٠٠٠/٨٦٤ (هيئة عامة) ، المجلة القضائية لسنة ٢٠٠٠ ، تاريخ ٢٠٠٠/١١/٣٠

(٣) تمييز جزاء ٩٩/٥٧ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩ ، تاريخ ١٩٩٩/٥/١٨

(٤) تمييز جزاء ٩٧/١٩١ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٧ ، ص٣٧٩٣ ، وتمييز جزاء ٩١/٦٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١ ، تاريخ ١٩٩١/٢/١٣

(٥) تمييز جزاء ٨٦/٤٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٨ ، ص٩٧٩

ورد في بعض القرارات الصادرة عنها خلال نفس الفترة باعتبار هذه الشهادة باطلة ولا يجوز الاعتماد عليها[١]

وجاء في قرار حديث لمحكمة التمييز ما يلي " توجب المادة ٢/٢١٩ من الاصول الجزائية على المحكمة قبل سماع اقوال الشاهد تحليفه القسم القانوني وعليه فان اخذ المحكمة اقوال الشاهدة يخالف القانون طالما لم تحلفها اليمين " [٢]. والواقع أن القانون لم يبطل الافادة التي لا تؤخذ تحت القسم ، بل ترك امر اعتماد المحكمة على هذه الشهادة لتقديرها ، (الفقرة الثالثة من نفس المادة)

- يتوجب على محكمة الموضوع ان وجدت تباينا بين شهادة الشاهد الماخوذة امام المدعي العام والماخوذة امام المحكمة ، ان تستوضح منه عن هذا التباين ويتم تدوين ذلك في المحضر • وهو اجراء جوهري لتقدير قيمة الشهادة • وان مخالفته تؤدي الى عيب في الحكم يستوجب فسخه[٣]

- لمحكمة الموضوع استدعاء شهود لم تدرج اسماؤهم في قائمة بينات النيابة • ولها ان ترفض الطلب اذا كان سماع الشهود ليس من شانه ان يساعد على اظهار الحقيقة[٤].

- ان عدم سماع منظمي الضبط والاكتفاء بابراز الضبوطات لا يترتب عليه البطلان وفق ما جاء في قضاء محكمة التمييز[٥].

- لم تجز محكمة التمييز الاخذ باي شهادة تتناقض في مضمونها مع التقرير الطبي الشرعي وعلى محكمة الموضوع ان تستوضح من الطب الشرعي عن هذا التناقض[٦].

- تباينت مواقف محكمة التمييز من جواز سماع شهادة احد شهود الدفاع الموجود في قاعة المحكمة اثناء سماع بقية الشهود • فقد صدر عنها قراران لا يفصل بينهما سوى شهر ، اعتبرت بمقتضى الاول ان هذا الإجراء مخالف للقانون وعدم سماع شاهد الدفاع في هذه الحالة يخل بحقوق الدفاع طالما ان المحكمة تستطيع مناقشة الشاهد بدقة ومقارنة شهادته مع غيرها من الشهادات وتقيم الشهادة على هذا الاساس[٧]. وفي القرار الثاني اعتبرت ان هذه المخالفة لا تخالف القانون[٨].

---

[١] تمييز جزاء ٨٢/٩٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٢ ، ص١١٦٥

[٢] تمييز جزاء ١٩٩٩/١٠٠، المجلة القضائية لسنة ١٩٩٩، تاريخ ١٩٩٩/٤/١٤

[٣] انظر على سبيل المثال تمييز جزاء ٧٠/٩٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧١ ، ص٢١٠ ، وتمييز جزاء ٧٦/١٤٢ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٧ ، ص٥٢٦ ، وتمييز جزاء ٨٧/٧٥ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩ ، ص١٨٦٥

[٤] تمييز جزاء ٢٠٠٢/٤ ، تاريخ ٢٠٠٢/٣/١٢ قرار غير منشور ، وانظر كذلك تمييز جزاء ٧٧/٤٤١ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨ ، ص٢١٤

[٥] تمييز جزاء ٢٠٠١/٤٨٧ ، المجلة القضائية لسنة ٢٠٠١ ، تاريخ ٢٠٠١/٦/٢٠

[٦] تمييز جزاء رقم ٢٠٠٢/٤ ، تاريخ ٢٠٠٣/٣/١٢ غير منشور

[٧] تمييز جزاء ٩٣/١٧٠ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ، ١٩٩٣ ، ص١٦٠٢ ، تاريخ ١٩٩٣/٦/٢٢

[٨] تمييز جزاء ٩٣/١٥٢ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣ ، ص٢٤٧٣ ، تاريخ ١٩٩٣/٧/٢٠

-لا يجاب المتهم الى طلبه بدعوة المدعي العام كشاهد في القضية اذا لم يذكر ان افادة المجني عليه المبرزة التي يود استشهاده عليها قد اخذت بصورة غير صحيحة او انها لم تصدر عنه ، وعند الموافقة يتنحى المدعي العام عن تمثيل النيابة ويكلف مدع عام اخر به[١].

المبحث السابع

بطلان الاعتراف

سيتم تقسيم هذا البحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

ماهية الاعتراف

الاعتراف هو : اقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة المسندة اليه كلها او بعضها [٢].ويجب ان يكون صريحا لا لبس فيه • ولا يعد اعترافا اقرار المتهم على متهم اخر معه في الجريمة فالاقرار لا يكون الا على النفس[٣].

ولكي يكون الاعتراف صحيحا يجب ان تتوافر فيه عدة شروط من اهمها : ان يتمتع المتهم باهلية اجرائية • فالاعتراف الصحيح هو الاعتراف الصادر عن شخص متهم في جريمة متمتعا بالادراك والتمييز • أي ان تكون لديه القدرة على فهم ماهية افعاله وطبيعتها وتوقع النتائج المترتبة عليها • والاصل ان كل من تتوافر لديه المسؤولية الجنائية تتوافر لديه اهلية اجرائية •

ويشترط في الاعتراف ان يصدر عن تلقائية وارادة حرة غير معيبة • ولعل اهم عيوب الارادة ، الاكراه بنوعيه المادي والمعنوي ، وعدم التمييز ، والجنون ، او التاثير على المتهم باساليب اخرى لاخذ اعترافه عن طريق الخداع والحيلة او استخدام اجهزة وطرق حديثة في التاثير على ارادته[٤].

كما يجب ان يكون الاعتراف مطابقا للواقع • فقد دلت التجارب ان بعض المتهمين يقومون بالاعتراف خلافا للواقع لاسباب مختلفة • ولكي يتم ابعاد مثل هذا الاعتراف كان من واجب المحكمة التاكد مما اذا كان الاعتراف الصادر عن المتهم مطابقا للحقيقة ام ان له مآرب اخرى[٥]

ومن شروط الاعتراف ان يستند الى اجراءات صحيحة • فاذا كان الاعتراف وليد اجراءات باطلة وقع باطلا •

---

[١] تمييز جزاء ٧٩/٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة١٩٧٩ ، ص٢٦٤

[٢] د• احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٤٢١ ، د• عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص٣٣١ ، د• مدحت الحسيني ، المرجع السابق ، ص٢٦١ ، د• محمد نجم ، المرجع السابق ، ص٣٣٣ ، عدلي خليل ، اعتراف المتهم فقها وقضاء، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٩١ ،ص ٢٠

[٣] د• رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٦٩١ ، د• هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٨٩٩

[٤] احد هذه الوسائل ، جهاز كشف الكذب ، استخدام الكلاب البوليسية ، التنوم المغناطيسي

[٥] د• محمد نجم ، المرجع السابق ، ص٣٤٤

كصدوره بعد استجواب باطل بسبب تحليف المتهم اليمين[١] ،مع ملاحظة ان الاعتراف الصادر بناء على قبض او تفتيش باطل لا يكون باطلا ما لم يكن خاضعا لتاثير هذا الإجراء ، على نحو ما تم بيانه عند الحديث عن الارتباط بين الاجراءات المختلفة ومدى انتقال البطلان الى الإجراء الصحيح .

والاعتراف كغيره من ادلة الدعوى يخضع لتقدير المحكمة ، وليس معنى اعتراف المتهم بالتهمة المسندة اليه ان تكون المحكمة ملزمة بالحكم بالادانة، بل لها ، ان لم يكن من واجبها ، ان تتحقق من صحة الاعتراف [٢].

ويجوز للمحكمة ان تجزئ الاعتراف وتاخذ بجزء منه دون اخر اذا اقتنعت بصحة ذلك الجزء ويمكن لها كذلك ان تاخذ بالاعتراف الصادر عن المتهم في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، حتى لو عدل عنه امام المحكمة[٣].

وكما يكون الاعتراف بسيطا ، يكون موصوفا او مركبا . ويكون الاعتراف موصوفا اذا قرنه المقر بظروف او وقائع اذا صحت فانها تبيح الفعل او تمنع عنه المسؤولية ، كمن يعترف بارتكابه جريمة قتل وهو في حالة دفاع شرعي .

والاعتراف قد يكون قضائيا ، بان يقع امام المدعي العام او المحكمة ، ويكتسب هذا النوع من الاعتراف حجية يمكن للمحكمة ان تاخذ به اذا اقتنعت به .ويأمر رئيس المحكمة عندئذ بتسجيله بكلمات اقرب ما تكون الى الالفاظ التي استعملها المتهم ، وتقضي المحكمة بالعقوبة المنصوص عليها في القانون . [٤] ويكون الاعتراف غير قضائي اذا صدر عن المتهم في غير مجلس القضاء ، فمثل هذا الاعتراف لا يكفي وحده للادانة ما لم تثبت النيابة صحة صدوره عن المتهم والظروف التي ادي فيها [٥].

---

[١] لا يوجد نص في القانون يحظر تحليف المتهم اليمين ، لكن المستقر فقها وقضاء هو عدم التحليف ، وان هذه المخالفة ترتب بطلانا متعلقا بالنظام العام . سواء كان التحليف مقصودا ام جاء سهوا . عدلي خليل ، المرجع السابق ، ص ٧١ . ويرى الباحث انه يجب التخفيف من غلواء هذه القاعدة والاتجاه نحو دفع المتهم الى قول الحقيقة لا مساعدته على الالتفاف عليها . والسماح للمحقق بان يطلب من المتهم ان يحلف اليمين فان حلف لا يترتب البطلان ، اما اذا رفض فلا يجبر على ذلك.

[٢] هنالك فرق بين صدق الاعتراف كدليل من ادلة الدعوى ، وصحته كعمل اجرائي . فلا يجوز الاعتداد بالاعتراف ولو كان صادقا متى ثبت انه كان وليد اجراءات غير صحيحة . والى ذلك اشارت محكمة النقض المصرية حيث جاء في احد قراراتها " لا يصح التعويل على الاعتراف ولو كان صادقا ، متى كان وليد اكراه مهما كان قدره. نقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٧ ، مشار اليه لدى د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٦٩٦

[٣] عبد الحكم سيد سالمان ، اعتراف المتهم ، دار الفكر الجامعي ،٢٠٠٣ ، ص ٣٧ ، د. هلالي عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص٩٠٧ ، وانظر نقض مصري ١٢ /١٩٩٢ طعن ١١٧٣٢ س ٦٠

[٤] المادة ٢/٢١٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٥] انظر المادة ١٥٩ من نفس القانون

من جهة اخرى قد يكون الاعتراف احد ادلة الاعتراف ، وهو الغالب،[١] وقد يكون سببا للاعفاء من العقاب في بعض الجرائم التي ينص المشرع فيها على اعفاء المعترف من العقوبة اذا ادى اعترافه الى كشف باقي المتهمين . [٢]

المطلب الثاني

بيان موقف القضاء من الاعتراف

وبالرجوع الى احكام محكمة التمييز بشأن مسائل الاعتراف نجد ما يلي :

- بينت محكمة التمييز في العديد من قراراتها ان الاعتراف الذي يتم في غير حضور المدعي العام يقبل كدليل اذا قدمت النيابة بينة على الظروف التي ادى فيها واقتنعت المحكمة انه ادى طوعا[٣].
- عدم الاعتداد بالاعتراف المجمل في اثبات الجريمة ، بل لابد ان يكون الاعتراف مفصلا وفق ما قضت به محكمة التمييز في العديد من قراراتها[٤].
- بالنتيجة يخضع الاعتراف كغيره من ادلة الدعوى لسلطة تقدير المحكمة[٥].
- ويجب ان يصدر الاعتراف بدون اكراه وقد تاكد هذا المبدا في العديد من قرارات محكمة التمييز فقد جاء في قرار حديث غير منشور قولها " ان الاعتراف الذي يعتبر حجة كافية للادانة هو الذي يصدر من ارادة حرة واعية . ومنسجما مع ظروف الدعوى ومتطابقا مع الواقع ولا يشوبه التناقض ولا يكذبه ظاهر الحال "[٦].
- لا يؤثر في صحة الاعتراف ان يتم اخذه من قبل محققي المخابرات العامة بوصفهم موظفين مكلفين بالتحري والمباحث الجنائية ، وهم من موظفي الضابطة العدلية وتكون الافادة المعطاة للمحقق في المخابرات العامة بينة صالحة للحكم اذا قدمت النيابة البينة على انها اخذت بالطوع ودون اكراه وفقا لمقتضى المادة ١٥٩ من الاصول الجزائية[٧].

---

(١) انظر المادة ٢/٢٨٢ من نفس القانون

(٢) انظر على سبيل المثال المادتين ١٠٩ ، ١٧٢ من نفس القانون

(٣) انظر على سبيل المثال ، تمييز جزاء ٨٤/٧ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤ ، ص٢١٨ ، تمييز جزاء ٨٥/٩٣ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ، ص١٥٧٩ ، تمييز جزاء ٨٥/١٦٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٦ ، ص١٣٦٢

(٤) تمييز جزاء ٨٤/١٩٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ ، ص١٣٠٧

(٥) تمييز جزاء ٨٥/٢٠١ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ ، ص٦٦٦ ، تمييز جزاء ٨٥/١٢١ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٦ ، ص٢٣٧ ، تمييز جزاء ٨٧/١٠٦ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ ، ص٢٢٠٠

(٦) تمييز جزاء ٨٥/٢٣٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ ، ص١٧٢٥ ، تمييز جزاء ٨٤/٣٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤ ، ص١٤٣٧ ، تمييز جزاء ٢٠٠٣/٢٢٩ ، تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٦ ، غير منشور ، تمييز جزاء ٢٠٠٣/٣٩٧ ، تاريخ ٢٠٠٣/٥/١٢ ، غير منشور ، وانظر كذلك

(٧) تمييز جزاء ٩٨/١٣٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨ ، ص٢٧٠٢

– وترى المحكمة في قرارات حديثة نسبيا انه اذا كان الاعتراف لا يتطابق مع الافعال المسندة للمتهم ، فاستمعت المحكمة لبينات النيابة العامة فيتوجب على المحكمة – كما تقول محكمة التمييز – سؤال المتهم عما اذا كان يرغب باعطاء افادة دفاعا عن نفسه وفقا للمادة ٢٣٢ من الاصول ، وان مخالفة المحكمة لهذا الإجراء يعتبر مخالفة جوهرية توجب النقض [١].

–الاعتراف المقبول كدليل للحكم هو الاعتراف المطابق للواقع بكل اركان الجريمة ٠ والى ذلك تشير محكمة التمييز حيث ترى في احد قراراتها " ان اعتراف المتهم لدى الشرطة بواقعة احتضانه للمشتكية وتقبيلها وتمسيد شعرها يعتبر تعبيرا عن مشاعر الابوة والاشفاق باعتباره عم شقيق لها ولم يكن ذلك بقصد ارتكاب فعل جرمي[٢].

---

(١) تمييز جزاء ٩٩/٣٣٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩ ، ص٤١٥٧

(٢) تمييز جزاء (هيئة عامة) ٢٠٠١/١٢٠٢ ، تاريخ ٢٠٠٢/١/٢٠ ، غير منشور

الفصل الثاني

مخالفة الإجراء لقواعد التحقيق النهائي (المحاكمة)

من المقرر انه لا يجوز للمحكمة ان تكتفي بالتحقيقات التي اجرتها سلطة التحقيق الابتدائي ، وانما عليها ان تحقق الدعوى بنفسها ما لم يوجد نص بخلاف ذلك ٠

واذا كانت اجراءات الدعوى في مصلحة التحقيق الابتدائي تتصف ببعض الصفات والخصائص ، والتي من اهمها ان يجري التحقيق بصورة سرية ، فان لاجراءات المحاكمة خصائص اخرى تختلف لاختلاف طبيعة هذه المرحلة ، وما تتطلبه من علنية في اتخاذ كافة الإجراءات في اطار من الشفوية والمواجهة بين الخصوم ٠

وبالنتيجة فان مجموع الإجراءات الحاصلة في الدعوى سواء كانت في مرحلة التحقيق الابتدائي او النهائي تكون الاساس الذي تبنى عليه المحكمة عقيدتها ٠ فلها ان تاخذ بدليل ورد في أي مرحلة اذا اقتنعت بصحته ٠

وعلى اية حال ، فان خلاصة هذه الإجراءات هو الحكم الذي يجب أن يكون صحيحا في ذاته وفي اجراءات الدعوى باعتباره امرا يخشى متخذ الإجراء وقوعه ، ويتحوط في مباشرة جميع الإجراءات بصورة صحيحة حتى لا تقع اجراءاته في شرك البطلان٠ وتاسيسا على ما تقدم يمكن تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الاول : بطلان الإجراءات المخالفة لمبدا علنية المحاكمة ٠

المبحث الثاني : بطلان الإجراءات المخالفة لمبدا شفوية المحاكمة ٠

المبحث الثالث : بطلان الحكم ٠

المبحث الاول

بطلان الإجراء المخالف لمبدا علنية المحاكمة

سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

قواعد مبدأ العلنية

اذا كانت التشريعات تختلف فيما يتعلق بعلانية التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي ، فانها تتفق في وجوب العلنية – كقاعدة عامة – في اجراءات المحاكمة امام جميع المحاكم[١]

ولا يقصد بالعلانية السماح لخصوم الدعوى بالحضور ، فهذا امر بديهي ، لان حضورهم اساسي حتى لو كانت الجلسات سرية ، بل ان المقصود هو تمكين عامة الناس – دون تمييز – من حضور جلسات المحاكمة ومتابعة ما يدور فيها من اجراءات وما يصدر فيها من قرارات واحكام .

وتقررت علنية المحاكمات ضمانا لمصلحة الافراد وتحقيقا للمصلحة العامة على حد سواء . وهذا المبدا يجعل من الرأي العام رقيبا على اجراءات المحاكمة ، حيث تحمل القضاة على التطبيق السليم للقانون ، وتلزم النيابة العامة والمحامي والشهود على الاتزان في الاقوال والاعتدال في الطلبات والدفوع[٢]. من جهة اخرى فان الحكم الصادر ضد المتهم يحقق الاثر الرادع للقانون[٣].

وقد رفع المشرع هذه القاعدة الى مصاف المبادئ الدستورية عندما ضمنها المادة ١٠١ من الدستور والتي تنص على ما يلي "١- المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها ٢- جلسات المحاكم علنية الا اذا رات المحاكم ان تكون سرية مراعاة للنظام او محافظة على الاداب " . كما ورد هذا المبدا في المادة ١٧١ من الاصول الجزائية والتي تنص على انه " تجري المحاكمة علانية ما لم تقرر المحكمة اجراءها سرا بداعي المحافظة على النظـام العـام والاخلاق .. "

بالمقابل فان للعلنية عيوبها ، فمحاكمة بعض المجرمين بصورة علنية قد تؤثر في نفسياتهم وتكون حجر عثرة في طريق تاهيلهم .

---

[١] د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٩٦

[٢] د. حسن جوخدار ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائي الاردني ، ج٣+٤ ، المرجع السابق ، د. محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص٨٠٤ ، فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص٥٦٣

[٣] ومن التشريعات التي نصت على هذا المبدا كذلك المادة ١٢ من قانون محاكم الصلح ، والمادة ٦/أ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العسكري والتي اجازت للمحكمة ان تقرر اجراء المحاكمة سرا اذا رات ان في العلانية ما يمس مصلحة القوات المسلحة ويكون صدور الحكم علنا في جميع الاحوال ، وكان يكفي في ظل النصوص المتعددة الاكتفاء بالنص الدستوري الذي يجب ان لا يخالف باي قاعدة من قواعد التشريع العادي

وقد لا تتمكن طائفة من المتهمين في ضوء علنية المحاكمات من الدفاع عن انفسهم بصورة جيدة[١] ، ولكن هذه العيوب لا تبرر استبعاد مبدا العلنية واتخاذه قاعدة عامة في اجراء المحاكمات ويمكن بيان قواعد العلنية في البنود التالية :

اولا : مناط العلنية ومظاهرها.

تعني العلنية – كما سبق القول – تمكين جمهور الناس من حضور جلسات المحاكمة دون قيود او شروط ، تجعل من تطبيقه امرا غير ممكن . اما اذا كانت الغاية هي تنظيم اجراءات الدخول والخروج من قاعة المحكمة وفق ما يقرره رئيس المحكمة ، طالما ان ضبط الجلسة وادارتها منوط به ، فله في سبيل ذلك ، اخراج من يخل بنظام الجلسة ، او منع الجمهور من الدخول اذا اكتظت القاعة بالحضور[٢].

ولا يخرق هذه القاعدة او يخالفها عدم حضور احد من الناس جلسات المحاكمة طالما ان المجال مسموح به للكافة . كما لا يخرق هذه القاعدة السماح بدخول قاعات المحاكمة بتصاريح او تذاكر لتنظيم عملية الدخول الى هذه الاماكن طالما انها لا توزع على فئة معينة من الناس ، وانما لكل من طلبها[٣].

والاصل ان تعقد الجلسات في القاعات او الاماكن المخصصة للمحاكمة . ولا يجوز انعقادها في غير هذه الاماكن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٤].

ويجب ان يذكر في محضر الجلسة كون الجلسة علنية ام سرية ، واذا جرت المحاكمة في جلسات عدة فلا يكفي ان يذكر في الجلسة الاولى او جلسة النطق بالحكم انها تمت وفق مبدا العلانية ، وانما يجب ان يشار في المحضر الى ان العلانية قد روعيت في جميع الجلسات[٥].

---

(١) د. رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٦٣٩

(٢) انظر المادة ١٤١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

(٣) الى ذلك اشارت محكمة النقض المصرية عندما اعتبرت بان دخول الجلسة بتصاريح لا يتنافى مع العلانية . نقض ١٩٥٢/٣/١١ ، احكام النقض ، س٣ ، ص٥٦٢

(٤) يغالي جانب من الفقه في هذه الناحية ويعتبر ان مجرد عقد المحكمة جلساتها في احد المكاتب يرتب البطلان على افتراض ان هذه المكاتب تضيق بحيث لا تسمح من الناحية العملية بحضور جلسات المحاكمة لغير اطراف الخصومة ويؤدي ذلك الى اهدار مبدا العلنية . د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٩٧

(٥) السائد في فرنسا ان اغفال الاشارة الى هذا البيان يرتب بطلان الحكم . ولا يكفي ان يشير الحكم الى انه صدر بحضور ممثل النيابة وكاتب الجلسة والمتهم ومحاميه ، ذلك ان مسالة حضور هؤلاء الاشخاص امر بديهي ومنفصل عن وجوب علنية الجلسات بالنسبة للجمهور . د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٣٠١

ثانيا : محددات مبدا العلنية

بالرغم من ان مراعاة هذا المبدا في اجراءات المحاكمة هو الاساس ، الا ان ذلك لا يمنع من ان تقوم المحكمة باجراء المحاكمة سرا لضرورات ودواع معينة يحددها المشرع ، ولا يجوز القياس عليها .

وقد حدد المشرع نطاق العلنية عندما سمح للمحكمة أن تجري المحاكمة بصورة سرية مراعاة للنظام العام او الاخلاق[١].

وقرار اجراء المحاكمة بصورة سرية لا يصدر الا عن المحكمة بكامل هيئتها ، ولا يكفي ان يصدر عن الرئيس[٢]. ويجب ان يكون مسببا وان يصدر علنا[٣]. ولا يشترط في التسبيب أن يكون مفصلا ، بل يكفي فيه الاشارة الى وجود احد الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام او الاخلاق.

واجراء المحاكمة سرا رهن بارادة المحكمة اذا وجدت ان المبررات لذلك موجودة ولا تلتزم بطلبات الخصوم في هذا الشان ، ان تقدموا بمثل هذا الطلب . ولا رقابة لمحكمة التمييز في ذلك ما دام الامر خاضعا لسلطة محكمة الموضوع التقديرية . وان كان ذلك لا يعني ان سلطة المحكمة تحكمية في هذا الشان ، بل الفيصل هو ملابسات الدعوى فاذا تبين ان ما تم من اجراءات تحت ظل السرية ليس له ما يبرره ، بل كان ذريعة لحرمان المتهم من ضمانة كفلها له الدستور كانت الإجراءات باطلة[٤]. وللمحكمة ان تقرر الى أي حد يتطلب جعل الجلسة سرية ، فلها ان تامر بسماع الدعوى كلها او بعضها في جلسة سرية ، ولها ان تجعل السرية نسبية تعني فئة معينة من الناس كالنساء او الاطفال[٥]

---

[١] ان التعبيرات التي استخدمها المشرع سواء في الدستور او الاصول الجزائية جاءت مبهمة ومرنة ، وليس من اليسير تعريفها . فمصطلح النظام العام او الامن او الاخلاق مصطلحات مطاطة وغير ثابته . فقد قررت محكمة النقض المصرية ان ما جاء في محضر المحاكمة من آن المحكمة جعلت الجلسة سرية مراعاة للامن العام لا تقتضي نقض الحكم، اذ لا يعدو الإجراء ان يكون من قبيل التجاوز في التعبير مرادا به مراعاة النظام العام . نقض ٧ ديسمبر ١٩٤٢، مجموعة القواعد القانونية ، ج٦ ، رقم ٣٠ ، مشار اليه لدى د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٣٩٢.

[٢] والدليل على ذلك قول المشرع في المادة ١٧١ من الاصول الجزائية تجري المحاكمة علنية ما لم تقرر المحكمة اجراءها سرا ، فالمحكمة وليس الرئيس من يقرر اتخاذ مثل هذا الإجراء

[٣] باعتبار ان السرية لا تكون الا بعد صدور هذا القرار ، ولكي يعلم جمهور الناس بتحول المحاكمة الى سرية ، د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٨٠٦

[٤] عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٥٩٩

[٥] د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٣٩٢ ، محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٨٠٧ ، والواقع ان حرمان فئة معينة من حضور الجلسات مع السماح لباقي الناس لا يؤدي الى القول بان الإجراءات كانت سرية في جزء منها . فالجلسات تعتبر علنية في هذه الحالة .

وان عدم تنفيذ قرار السرية على وجه الدقة لا يعيب اجراءات المحكمة • فلها ان تبقي بعض الاشخاص الذين لا ترى في حضورهم ما يمس الاداب او النظام العام[١].

واذا قررت المحكمة اجراء المحاكمة سرية فان ذلك لا يؤثر على سير الإجراءات في حضور الخصوم او ترتيب ادوار المحاكمة • ومما يجدر ذكره أن جعل الجلسة سرية قاصر على سماع الدعوى ، اما ما يسبق ذلك من اجراءات كتلاوة قرار الظن او الاتهام وسؤال المتهم عن البيانات الخاصة بشخصيته فيجب آن تتم علنا ، لافهامه الإجراءات التمهيدية التي لا تمس الموضوع ولا تنطوي على خطر المساس بالنظام العام او الاداب •

وفي كل الاحوال يجب ان يصدر الحكم في الدعوى علنا • والرجوع الى العلنية يمكن ان يتم بناء على قرار من رئيس المحكمة ولا يشترط ان يصدر عن كامل هيئة المحكمة ولا يشترط تسبيبه طالما انه رجوع الى الاصل[٢].

وللمحكمة أن تعدل عن قرارها باجراء المحاكمة سرا ان رات لذلك مبررا ، ويكون قرار الرجوع في هذه الحالة صادراعن هيئة المحكمة • اما اذا خصصت المحكمة جلسة او اكثر لاجرائها سرا ورات العودة الى العلنية فيمكن لرئيس المحكمة ان يقرر العلنية ، وبالطبع فهنالك فرق بين الصورتين ومخالفة ذلك تؤدي الى البطلان[٣].

ولما كانت العلنية احدى المبادئ الاساسية للمحاكمة ، فان اغفالها يؤدي الى بطلان متعلق بالنظام العام ، ولا يصححه قبول اطراف الدعوى بما تم من اجراءات بصورة سرية مخالفة للقانون • وتكون اجراءات المحاكمة باطلة اذا تقررت السرية عن طريق رئيس المحكمة وليس عن المحكمة بكامل اعضائها ، وتغدو المحاكمة باطلة اذا كانت جميع الجلسات علنية واحداها سرية[٤].ولا يبطل الحكم اذا كانت الجلسة التي جرت فيها المحاكمة سرا خلافا للقانون لم يتخذ فيها أي أجراء • وانما اقتصرت على مجرد ارجاء الجلسة الى جلسة اخرى • وفي جميع الاحوال يجب آن يكون اعلان الحكم في جلسة علنية والمداولات التي يجريها قضاة المحكمة في جلسات سرية •

واخيرا يجب عدم الخلط بين نظر بعض الدعاوى في جلسات سرية للاعتبارات السابقة وبين عدم العلانية • فقد يرى المشرع ان تنظر بعض الدعاوى بدون علانية ، مثال ذلك طلبات رد

---

[١] يورد جانب من الفقه الاردني في صدد التمثيل على المحاكمات التي تتم بصورة سرية ، الجرائم الواقعة على امن الدولة • د• محمد نجم ، المرجع السابق ، ص٤٦٥ ، والواقع آن القول بهذه القاعدة على اطلاقها لا يكون الا في جرائم الاحداث حيث يوجب المشرع أن تتم هذه المحاكمات بالصورة السرية • اما المحاكمات امام محكمة امن الدولة ، فان لم تكن جميعها فغالبيتها تتم بصورة علنية وحتى في اخطر الجرائم التي تمس امن الدولة

[٢] انظر المادتين ٤/١٨١ و ١/٢٣٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٣] د• عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٦٠١

[٤] د• محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٨٠٩

الاعتبار ، وتصحيح الأخطاء المادية ، وطلب رد الأشياء المضبوطة • ففي مثل هذه الحالات تتم الإجراءات تدقيقا وبصورة غير علنية ، ولكنها ليست سرية فيجوز للمحكمة ان تسمح لاحد الجمهور من حضور هذه الجلسات ولا تعتبر المحاكمة باطلة • هذا بخلاف سرية الجلسة ، فاذا تقررت السرية اصبحت شكلا جوهريا يترتب على مخالفته البطلان[١].

المطلب الثاني

احكام القضاء المتعلقة بمبدا العلنية

وبالرجوع الى احكام القضاء المتعلقة بمبدا العلنية نلاحظ ما يلي :

- فيما يتعلق بتدارك المحكمة لخطئها باتخاذ بعض الإجراءات علنا خلافا لما يتطلبه القانون من ضرورة اجرائها سرا ، وبالرجوع عن السرية فان محكمة التمييز لا ترتب البطلان في هذه الحالة طالما ان الجلسة التي تمت فيها العلنية بصورة مخالفة للقانون لم تسمع فيها أي بيانات • فقد جاء في هذا القرار " ان محكمة البداية بصفتها محكمة احداث وان كانت في اول جلسة من جلسات المحاكمة لم تقرر أجراء المحاكمة بصورة سرية كما تتطلب المادة العاشرة من قانون الاحداث ، الا انها عادت في كافة الجلسات اللاحقة وتداركت هذه المخالفة بالاصلاح بان اجرت المحاكمة بصورة سرية طبقا لاحكام القانون وحيث ان المحكمة في الجلسة الاولى لم تستمع الى اية بيانات ولم تتخذ أي أجراء يمكن اعتباره ماسا بحقوق المميز ، فان تلك المخالفة لا ترتب البطلان"[٢].

- وفي مجال محاكمة الاحداث فقد اعتبرت محكمة التمييز في احد قراراتها • ان حكم المادة العاشرة من قانون الاحداث يخالف الدستور • ورات ان محاكمة الاحداث يجب آن تتم علنا حيث جاء في هذا القرار " الاصل انه اذا اناط الدستور بسلطة معينة صلاحية مباشرة امر فانه يمتنع على السلطات الاخرى ان تحد من هذه الصلاحية • وبما ان الدستور اناط بالمحكمة صلاحية أجراء المحاكمة سرا ، وما ورد في هذه المادة من حيث الزام المحكمة باجراء المحاكمة سرا في جميع دعاوي الاحداث يغاير حكم المادة ٢/١٠١ من الدستور ، وفي هذه الحالة تسري احكام الدستور ويعمل بها دون القانون " •

والواقع ان هذا الحكم يغاير ما استقر عليه الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة من وجوب أجراء محاكمة الاحداث بصورة سرية حماية لهذه الفئة وللمصلحة العامة من وجوب تهيئة ظروف مناسبة لمحاكمتهم • والى ذلك رجعت محكمة التمييز وقررت في حكم اخر خلال نفس العام ما يلي " وبالرجوع الى نص المادة ٢/١٠١ من الدستور نجد انها تميز أجراء المحاكمة سرا اذا كان من شان اجرائها علنا المساس بالنظام العام والاداب •

---

[١] د. احمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص١٠١١

[٢] تمييز جزاء ٨١/٧٤ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨١ ، ص١٥٠٢

ومن الواضح أن المشرع عندما اوجب في المادة العاشرة من قانون الاحداث أجراء محاكمة الحدث سرا انما هدف الى رعاية النظام العام والاداب حتى لا يتعرض الحدث الى الوقوف امام الجمهور بمظهر المجرمين ،مما يؤثر في نفوسهم واخلاقهم تطبيقا للمادة١٠١/٢ من الدستور • لذلك لا تكون المادة العاشرة مخالفة للدستور [١].

– وفي نفس الاطار ترى محكمة التمييز ان أجراء المحاكمة سرا خلافا لمبدا العلنية امر مخالف للنظام العام ، وان من حقها ان تنقض الحكم من تلقاء نفسها [٢]. وعلى العكس من ذلك لا ترى أجراء المحاكمة علنا في احدى الحالات التي يتطلب المشرع اجراءها سرا سببا للبطلان • وتقرر انه " لا يترتب على عدم مراعاة ما ورد في المادة ١٧١ من الاصول الجزائية وهو عدم أجراء المحاكمة سرا بطلان الإجراءات "[٣].

وما يسترعي الانتباه في معرض تبرير المحكمة لعدم ترتيب البطلان في هذه الحالة قولها ان القواعد المتعلقة باجراء المحاكمة سرا أو علنا لا يرتبط بمقتضيات العدالة ولا حقوق الدفاع ، بل يرتبط بالنظام العام والمحافظة على الاداب فقط •

والحقيقة ان هذا القول لا يستند الى تعليل صحيح وتعوزه الدقة ، فالعلانية ترتبط بمقتضيات العدالة ، وهي من النظام العام • وربما انصرف قصد المحكمة الى الحالات التي تجري فيها المحاكمة علنا بالرغم من تطلب المشرع ان تكون بالصورة السرية • فتتجه محكمة التمييز في هذه الحالة الى عدم تقرير البطلان لان أجراء المحاكمة سرا شرع لمراعاة النظام العام والمحافظة على الاداب[٤].

---

[١] تمييز جزاء ٧٧/٢٥١ ، مجلة نقابة المحامين لسنة١٩٧٨ ، ص٢٢٨

[٢] تمييز جزاء ٧٨/٣٩ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨ ، ص٣٤١

[٣] تمييز جزاء ٩٥/٢٣٥ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٦ ، ص٣٦٤

[٤] ٧٧/٥٨ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٧ ، ص٨٢٦

المبحث الثاني
بطلان الإجراءات المخالفة لمبدا الشفوية

سيتم تقسيم هذا المحث الى المطلبين التاليين:

المطلب الاول
التعريف بمبدأ الشفوية

يعني هذا المبدا ضرورة استماع المحكمة الى جميع الإجراءات شفاهة · فالشهود والخبراء يدلون باقوالهم شفاهة ، وتتم مناقشتهم بها شفويا · وتقدم الطلبات والدفوع شفويا· وحتى المرافعات التي تقدم خطيا فالأصل ان يتم تلاوتها شفاهة[١].

ويكون القاضي عقيدته بصفة اصلية من التحقيقات الشفوية التي يجريها في الجلسة · اما التحقيقات الابتدائية فهي مكملة لاقتناعه · وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها " من المقرر ان اساس المحاكمة الجنائية هو حرية القاضي في تكوين عقيدته من التحقيق الشفوي الذي يجريه بنفسه والذي يديره ويوجهه الوجهة التي يراها موصلة للتحقيق الشفوي وان التحقيقات الاولية السابقة على المحاكمة لا تعتبر الا تمهيدا لذلك التحقيق الشفهي ، وانها بهذا الاعتبار لا تخرج عن كونها من عناصر الدعوى المعروضة على القاضي ، ياخذ بها اذا اطمان اليها ، ويطرحها اذا لم يصدقها "[٢]

اذا ، لا يجوز للمحكمة الحكم في الدعوى الا بعد تحقيق تجريه بنفسها ، ولا تعتمد على التحقيقات الاولية ولو كانت عن طريق النيابة العامة · وبنفس الوقت فان طريقة استماع المحكمة للاجراءات واتاحة الفرصة للخصوم للمناقشة ، كلها اساليب لا تتم الا في ظلال مبدا الشفوية · ويستطيع القاضي في هذه الحالة تفحص الوجوه ، ومحاولة تمييز الشاهد الكاذب من الصادق ، وبالتالي تكون عقيدته من خلال هذه المشاهدات والاحاسيس والتي لا يستطيع الحصول عليها عن طريق اوراق صماء لا حس فيها[٣].

ويعد مبدا الشفوية كذلك ضمانة هامة لتحقيق العدالة ، لانه يتيح المجال للمتهم لتقديم ملاحظاته حول الادلة المقدمة ضده وتفنيدها والرد عليها[٤].

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٨١٠

(٢) نقض ٢١ اكتوبر ١٩٦٣ ، مجموعة احكام النقض ، س٤ ، ص٦٣٢ كما تاكد هذا المعنى في العديد من قراراتها مثل، نقض ١٧ ديسيمبر ١٩٨١ ، س٣٢ ، رقم ٢٠١ ، ص١١٢٧

(٣) وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض · آن الاصل آن تبنى الاحكام على المرافعة التي تحصل امام القاضي وعلى التحقيق الشفوي الذي اجراه بنفسه مكونا عقيدته من التحقيق الشفوي ، ومحصلا هذه العقيدة من الثقة التي توحي لها اقوال الشاهد أو لا توحي ، ومن التاثير الذي تحدثه هذه الاقوال في نفسه وهو ينصت اليها ؛ لان التفرس في حالة الشاهد النفسية وقت اداء الشهادة ومراوغاته أو اضطرابه وغير ذلك ، مما يعين القاضي على تقدير اقواله حق تقديرها · نقض ١٩٨٥/١٠/٢ ، احكام النقض ، س٣٦ ، ص٨٠١

(٤) فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص٥٧٤

المطلب الثاني

قواعد مبدا الشفوية

اولا : نطاق الشفوية ·

تشمل الشفوية جميع اجراءات الدعوى بدون استثناء ، بدا من جلسة الافتتاح التي ينادى فيها الخصوم والشهود اعلانا ببدا نظر الدعوى ، وانتهاء بجلسة الختام التي ينطق فيها المحكمة بالحكم علنا فالمتهم يواجه عن طريق القاضي بالتهمة المسندة اليه شفاهة بعدها يبدي الخصوم ما يودون ابداءه من طلبات أو دفوع ، فتشرع المحكمة بعد ذلك بسماع البينات من شهود وخبراء وغيرهم وتناقشهم وتفسح المجال امام الخصوم بالمناقشة ، ثم تسمح للخصوم بالمرافعة وكل ذلك يتم عن طريق الكلمة المسموعة لا المكتوبة[١].

وما يجري عليه العمل في المحاكم من تقديم المرافعات مكتوبة ، وضمها للمحاضر بعد ان تذكر المحكمة انها تليت ، خلافا للواقع خرقا لقاعدة الشفوية التي يجب أن تسود اجراءات الدعوى وبالرغم مما سبق فلا يوجد ما يحول دون تقديم المذكرات والطلبات والدفوع المكتوبة وذلك بشرط موافقة المحكمة ، وتمكين الخصوم من الاطلاع عليها ليتسنى لهم مناقشتها ، وان تكون مجرد توثيق وايضاح لما تم من مناقشات شفوية · وان تتم ضمن نطاق اجراءات محدودة ولا تكون هي الطابع الغالب للمحاكمة[٢].

ثانيا : استثناءات مبدا الشفوية ·

يجري على هذا المبدا كغيره من المبادئ بعض الاستثناءات التي تخفف منه بحيث يمكن القول ان درجة التخفيف تبلغ مداها عندما تقدم الدعوى اول مرة امام المحكمة · ثم يضيق نطاق الشفوية شيئا فشيئا امام محكمة الاستئناف ، ويزداد ضيقا امام محكمة التمييز لانها لا تجري تحقيقا في الدعوى ·

وعلى اية حال يمكن اجمال الحالات الاستثنائية على هذا المبدأ بما يلي :

أ- حالة تعذر سماع الشاهد ·

تنص المادة ١٦٢ من الاصول الجزائية على هذا الاستثناء· فاذا تعذر احضار الشاهد الذي ادلى بشهادته امام المحقق لاي سبب كان تقتنع به المحكمة تقرر تلاوة افادته الماخوذة في التحقيق الابتدائي

ب- حالة نسيان الواقعة ·

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٨١٢

(٢) د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص٦٠٤

تنص المادة ٣/٢١٨ من الاصول الجزائية انه اذا قرر الشاهد انه لم يعد يذكر واقعة من الوقائع يجوز أن تتلى من شهادته السابقة ما يتعلق بهذه الواقعة .

ج- قبول المتهم الاستغاء عن سماع الشهود .

يجيز القانون المصري للمتهم أو وكيله الاستغناء عن سماع الشهود . وقد تم انتقاد هذا الموقف من قبل الفقهاء على اعتبار أن الدعوى ليست ملكا للخصوم الامر الذي يترتب عليه ضرورة دعوة المحكمة لكافة الشهود ، وعدم الاستغناء عن الاستماع الى شاهد ولو برضا الخصوم[١].ولا يوجد لمثل هذا النص من مقابل في التشريع الاردني ، وتلتزم المحكمة بالاستماع الى كافة الشهود

د- الابكم والاصم .

يرى جانب من الفقه ان الاستماع الى الابكم والاصم عن طريق الاشارة يعد استثناء لمبدا الشفوية[٢].والواقع أن في استخدام مترجم لترجمة اقوال الشخص الابكم والاصم لا يعد خروجا على هذا المبدا ، فالشفوية قد تحقق باي وسيلة للتعبير بغير كتابة . مثل الاستعانة بمترجمين لهذه الفئة من الشهود .

هـ- حالة اعتراف المتهم بالتهمة المنسوبه اليه . فللمحكمة في هذه الحالة الاكتفاء بالاعتراف والاستغناء عن سماع الشهود[٣].

و- تجري في مخالفة القوانين والانظمة البلدية والصحية والنقل على الطرق المحاكمة دون دعوة منظمي الضبوط . وتعتمد المحكمة على ما ورد في هذه الضبوط دليلا كاملا .

واخيرا وفيما يتعلق بموقف محكمة التمييز من هذا المبدأ ، فانه يمكن الاحالة الى ما سيرد في المبحث التالي المتعلق ببطلان الحكم .

---

[١] د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، ج١ ، المرجع السابق ، ص٦١٩

[٢] فاروق الكيلاني ، المرجع السابق ، ص٥٧٦

[٣] المادة ٢/١٧٢ من الاصول الجزائية

المبحث الثالث

بطلان الحكم

الحكم هو القرار الذي تصدره المحكمة مطبقة فيه حكم القانون بصدد نزاع معروض عليها[١] وتظهر اهمية الحكم باعتباره يشكل غاية الدعوى وغاية كل أجراء فيها ، وهو الاساس القانوني لوحدة الدعوى واتخاذها صورة ظاهرة قانونية متماسكة الاجزاء ، لانه يهدف بالنهاية الى الفصل في موضوع الدعوى بالبراءة أو الادانة أو عدم المسؤولية ٠

ويمكن بان شروط صحة الحكم وموقف القضاء من مسائله المختلفة في المطلبين التاليين :

المطلب الاول : شروط صحة الحكم

المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي في حالات بطلان الحكم

المطلب الاول

شروط صحة اصدار الحكم ومشتملاته

ويتكون هذا المطلب من الفرعيين التاليين

الفرع الاول

شروط صحة الحكم

تتمثل شروط صحة الحكم بما يلي :

اولا : صدور الحكم بعد مداولة قانونية

تدخل الدعوى في دور المداولة بعد انتهاء المرافعات ٠ وتجب المداولة في المحاكم التي تتشكل من اكثر من قاض ٠ اما اذا كانت المحكمة مشكلة من قاض واحد فانه يدرس القضية منفردا أو يحكم فيها من غير مداولة[٢]٠

وتعني المداولة تبادل الراي بين القضاة الذين تتشكل منهم المحكمة في وقائع الدعوى ، وفي تطبيق القانون عليها ، والوصول الى حكم فاصل في موضوعها ٠

---

[١] د٠ فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص ٥٨٧ والواقع ان المسرع لم يلتزم بتسمية معينة في هذا الصدد ٠ فهو احيانا يطلق لفظ القرار على الاحكام النهائية الصادرة عن المحاكم ، واحيانا اخرى يطلق لفظ الحكم ٠ انظر المواد ١٨٠ و٢٢٣و٢٣٧ من الاصول الجزائية ٠ كما يطلق لفظ اوامر ومذكرة على القرارات الصادرة عن النيابة العامة ٠ المواد ١٣٠و١١١و٢/١١ ٠ بالرغم مما سبق فان اللفظ الغالب على القرارات الفاصلة في موضوع الدعوى والصادرة عن الحاكم هو الحكم ٠ د٠ كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص ٦ د٠ احمد سعيد المومني ، الحكم ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، ط١ ١٩٩٠، ص ١٥

[٢] يذهب جانب من الفقه الى القول بانه حتى في حالة القاضي المنفرد لا بد من المداولة ، حيث يتولى اعمال الفكر في بينات الدعوى ستيفاني وليفاسير ، مرجع سابق ، ص ٦٤١ ، وقد تعرض هذا الراي للانتقاد على اعتبار آن اعمال الفكر وتقليب الامور عملية يقوم بها كل قاض ، وخلاصة الامر آن المداولة لا تكون الا في حال تعدد قضاة المحكمة ،د٠ فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص ٦٠١ ، د٠ محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٤٩٦

والى ذلك تشير المادة ١/٢٣٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تنص على ما يلي " بعد أن يعلن الرئيس ختام المحاكمة تختلي المحكمة في غرفة المذاكرة وتدقق في قرار الاتهام واوراق الضبط واداعاءات ومرافعات ممثل النيابة والمدعي الشخصي والمتهم ثم تتذاكر فيها وتضع حكمها باجماع الاراء أو باغلبيتها " ٠

وقد ورد هذا الحكم في الفصل المخصص للجنايات ولا مجال لتطبيقه في الجنح البدائية أو المخالفات ، لانه يتم نظرها من قبل قاض منفرد ٠ وربما لهذا السبب لم ينص المشرع على ضرورة ختام المحاكمة والمداولة فيها[١]٠ويترتب على ذلك أن يبقى باب النقاش مفتوحا ويستطيع اطراف الدعوى تقديم الطلبات التي يريدونها شريطة اطلاع خصومهم عليها ٠

واذا كان عدم اشتراط المداولة في القضايا التي تتكون فيها المحكمة من قاض منفرد امرا منطقيا ومقبولا ، الا أن عدم النص على اختتام المحاكمة في هذه القضايا يعد امرا غير مفهوم ٠ لذلك يجب ان تكون هناك نهاية لاجراءات المحاكم بحيث تعلن المحكمة اختتام اجراءات المحاكمة سواء في القضايا الجنائية او الجنحوية[٢]

ولا يشترط في المداولة شكل خاص ، ولا تتقيد بميعاد معين ، واهم ما يشترط فيها أن تكون سرية بين القضاة الذين سمعوا المرافعات ٠ واذا جرت المداولة بصورة علنية كان الحكم باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام[٣]٠

وقد جاء النص على سرية المداولة في مطلع المادة ١/٢٣٦ التي سبقت الاشارة اليها عندما بين المشرع انه بعد أن يعلن الرئيس ختام المحاكمة تختلي المحكمة في غرفة المذاكرة ٠ ولا شيء يمنع من أن تتداول بالقضية على منصة المحكمة بصوت منخفض لا يسمعه احد[٤]٠

ومن الطبيعي أن لا تلتزم المحكمة بفتح باب المحاكمة من جديد ان لم تكن الطلبات المقدمة تشير الى امر جوهري ٠ الا آن ذلك لا يمنع – وفق القواعد العامة وما تقضي به النصوص – من اعادة فتح باب المحاكمة اذا ارادت المحكمة التثبت من أمر ترى انه ضروري للفصل في الدعوى ، أو كان بعد ختام المحاكمة واثناء فترة المداولة٠ واذا تم اعادة فتح باب المحاكمة جاز

---

[١] وهذا بالطبع ينطبق على القاضي العسكري المنفرد الذي تماثل صلاحياته صلاحية قاضي الصلح في المسائل الجزائية، اما الجنايات والجنح التي تخرج عن اختصاصه فيتم نظرها من قبل محكمة مشكلة من عدد من القضاة

[٢] الى ذلك اشارت محكمة النقض السورية عندما قالت " بوجوب اعلان ختام المحاكمة فيها هي الاخرى (أي القضايا الجنحوية) لان انهاء المحاكمة واصدار الحكم فيها قبل اعلام الطرفين بختام المحاكمة يشكل نقصا وخللا قانونيا معدودا من اسباب النقض " نقض سوري ٤كانون اول ١٩٥١ ، جنحة رقم ٢٠٣٤ ، مشار اليها لدى د٠ عبد الوهاب حومد ، اصول المحاكمات الجزائية ، ط٤ ، ص٩٤٤ ، وانظر كذلك د٠ كامل السعيد ، شرح قانون المحاكمات الجزائية ، المرجع السابق ، ص٣٢

[٣] د٠ محمد زكي ابو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٩٨٩

[٤] د٠ كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص٣٦

للخصوم ان يقدموا ما يشاؤون من طلبات ودفوع حول المسالة التي تمت اعادة فتح المحاكمة من اجلها . ويتم ذلك كله في اطار قواعد العلنية والمواجهة وشفوية المرافعات .

والمداولة تتم بين قضاة المحكمة مجتمعين ، فلا يصح ان تتم في غيبة احدهم حتى لو كان ذلك بالاتفاق . فما ينطبق على جلسات المحاكمة ينطبق على اعمال المداولة . واذا تعذر حضور احدهم لاي سبب من الاسباب اوجب اعادة فتح باب المرافعة من جديد لنظرها من الهيئة الجديدة فالقاعدة المستقرة في القضاء والفقه انه لا يجوز ان يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعات [١]

وقد كان لمحكمة التمييز راي مخالف في هذه المسالة . حيث تواتر قضاؤها على انه لا يجب اعادة سماع البينة من الهيئة الجديدة للمحكمة ، ومن حق الاخيرة الاستناد الى البينات التي استمعت اليها هيئة اخرى[٢].

والواقع ان هذا الاجتهاد محل نظر ، فهو بالاضافة الى انه لا يستند الى اساس قانوني في اصول المحاكمات الجزائية أو المدنية . فانه يهدم واحدا من اهم مبادئ المحاكمة الا وهو مبدا شفوية المحاكمة واجراءاتها . فكيف يمكن الدفاع عن هذا الموقف في ظل مبدا الشفوية الذي يجب آن يسود جميع اجراءات المحاكمة الا ما منع منها بنص ؟ .فضلا عن آن السماح لمحاكم الدرجة الاولى باستخدام قناعتها من المحاضر المكتوبة يجعلها كالمحاكم العليا عندما تقوم باجراء المحاكمة تدقيقا[٣].

وللتخفيف من هذا المبدا فلا يوجد مانع يحول دون حضور احد القضاة احدى الجلسات، اذا كانت الإجراءات التي تمت لا تؤثر في الحكم[٤]. ولا يوجد ما يمنع من حضور قاض في جلسة نطق الحكم غير الذي اشترك في المرافعة شريطة أن يوقع على الحكم القاضي الاصيل . واي غموض يظهر حول اسم القاضي الذي اشترك في المحاكمة أو في مجرد النطق بالحكم يوجب البطلان[٥] . واخيرا ؛ يصدر الحكم بالاجماع أو بالاكثرية وفق مقتضى نص المادتين ٣/١٨٣

---

[١] د. فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص ٦٠١

[٢] تمييز جزاء ٩٥/٥٠٠ ، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية ، مجلة نقابة المحامين ، قسم اول ، ص١٦٢ ، تمييز جزاء ٩٤/٣٨٢ ، المرجع السابق ، ص٢٨٨

[٣] د. كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص٣٥

[٤] هنالك العديد من قرارات محكمة النقض المصرية التي ترى فيها بطلان الحكم اذا صدر عن قضاة لم يشتركوا في اجراءات المحاكمة. مثال ذلك، نقض٢٨مارس ١٩٥٥ ، مجموعة احكام النقض، س٦، ص٧٠٩ ،نقض١٢ يناير١٩٥٦ ، مجموعة احكام النقض ، س٦، ص٣٦ ، نقض٦يناير ١٩٨٠ ، الطعن رقم١٣٣٣، سنة٤٩ ق

[٥] د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص١٨٧

و١/٢٣٦ من الاصول الجزائية ، وعلى القاضي المخالف أن يبين اسباب مخالفته في الحكم وفق مقتضى المادة ٢/١٥٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية [١]

ثانيا : النطق بالحكم ·

لا يعتبر الحكم قد صدر بانتهاء المداولة ، بل يلزم النطق به في جلسة علنية لكي يصبح حقا للخصوم الذين يصدر لمصلحتهم · وقد نصت على ذلك المادة ١٧٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية عندما قالت " بعد استماع البينات يبدي المدعي الشخصي مطالبه وممثل النيابة العامة مطالعته والظنين والمسؤول بالمال دفاعهما وبعد ذلك تحكم المحكمة في الحال أو في جلسة تالية

والنطق بالحكم ركن فيه ، وقبل النطق به لا يكون حكم · حيث يجوز للقضاة تعديل ما يصدر فان صدر خرجت الدعوى من حوزة المحكمة ، ويمتنع عليها أجراء أي تعديل أو تبديل الا ما تعلق فيها بالاخطاء المادية[٢].

ويتسائل جانب من الفقه في الاردن حول تفسير الحكم · وهل يجوز الرجوع للمحكمة في تفسيره ان كان فيه شيء من الغموض[٣]؟ وبالرغم من عدم اجابة مشرعنا على هذا التساؤل - بخلاف بعض التشريعات - [٤]. فان هذه الاشكالية لا تثور عندما تكون ابواب الطعن مفتوحة حيث تتولى هذه المهمة المحكمة التي سيطعن بالحكم امامها، وبخلاف ذلك تبقى المشكلة قائمة[٥]

ثالثا : تحرير الحكم·

لا ينتهي امر الحكم عند النطق به ، بل لابد من تحريره وحفظه ليكون حجة فيما ورد فيه ووسيلة لتنفيذه ، بل ان الحكم غير المحرر يكون معدوما لا وجود له[٦]. فتحرير الحكم يعد تطبيقا لمبدا تدوين الاعمال الإجرائية كافة ليتاح اثباتها والتعرف على فحواها ، وان يتمكن صاحب المصلحة من الطعن فيها وفق الاصول ·

واذا كانت المحكمة مكونة من قاض منفرد فيجب عليه أن يكتب الحكم ويوقعه قبل اصداره ، وبعد الانتهاء من تلاوته يوقع عليه كاتب الجلسة ·

---

(١) ويسجل القاضي المخالف مخالفته في محضر الجلسة ولا يسجل في نسخة الحكم الاصلية ، ولا ينطق بها الرئيس ·د· كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص٣٦ مع أن نص المادة ٢/١٥٩ من الاصول المدنية تشير الى أن اسباب المخالفة ترد في ذيل الحكم

(٢) د· محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩٠٧

(٣) د· كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص٣٩

(٤) انظر المادة ١٩٢ من قانون الإجراءات المصري

(٥) ويمكن حلها عن طريق الاشكال بالتنفيذ

(٦) محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص٥٠٠ ، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى القول بان تحرير الحكم على نموذج مطبوع لا يقتضي بطلانه ما دام الحكم قد استوفى اوضاعه الشكلية وبياناته الجوهرية · نقض ٢١ يناير ١٩٨٢ ، مجموعة احكام النقض ، س٣٣ ، ص٦٨ ، ١١ نوفمبر ١٩٨١ ، س٣٢ ، ص٨٨٩ ، ١٥ ديسمبر ١٩٨١ ، س٣٢ ، ص١١١ ، ونقض ١٩٨٤/٥/٢٩ ، س٣٥ ، ص٥٣٨

اما في الجنح التي تنظرها محكمة البداية فقد بينت المادة ١/١٨٣ من الاصول الجزائية ان على قضاة المحكمة توقيع مسودة الحكم قبل تفهيمه كما يوقعه الكاتب بعد تلاوته ٠ وعاقبت الفقرة الثانية من نفس المادة الكاتب الذي لم يوقع الحكم بالغرامة بين دينار وعشرة دنانير ٠

وتوقيع الحكم أجراء قصد به استيفاء ورقته الشكل القانوني المطلوب ٠ وهو الذي يعطي الحكم قيمته القانونية ، ويشكل توقيع الكاتب الى جانب القاضي ضمانة لصحة الحكم، والا فان خلو الحكم من توقيع الكاتب لا يؤدي الى بطلانه وانما يعرض الكاتب للغرامة المنصوص عليها في القانون ٠

ويبدو أن الاختلاف واضح بين قانون اصول المحاكمات الاردني وقانون الإجراءات المصري فيما يتعلق بالاهمية التي يعطيها كل منهما لمسودة الحكم ، حيث تاخذ اهمية كبيرة في التشريع الاردني فالمادة ١/١٨٣ تؤكد على ضرورة توقيع مسودة الحكم قبل تفهيمه ، فتوقيع المسودة هو الذي يضفي عليها الصفة القانونية ويجعلها حجة على الغير ، والحكم غير الموقع من جميع الهيئة المصدره له يكون معدوما[١]٠اما في التشريع المصري فتوجب المادة ٣١٢من قانون الإجراءات تحرير الحكم وتوقيع النسخة الاصلية من القضاة والكاتب، فالمسودة التي تسبق تحرير النسخة الاصلية ليست اكثر من مجرد مشروع حكم لا تحوز اية قيمة قانونية ولا يجوز الاحتجاج بها٠ويجوز للمحكمة أن تعدل فيها اذا لم يتعلق بها حق ما٠

وبناء على ذلك قررت محكم النقض المصرية انه اذا وقع اختلاف بين المسودة والنسخة الاصلية للحكم فلا يصلح ذلك سببا للطعن والعبرة دائما للنسخة الاصلية[٢].

وفي مجال القضايا الجنائية تنص المادة ٢/٢٣٧ من الاصول الجزائية على ضرورة توقيع الحكم قبل تفهيمه وان يتلى علنا ، ولم يوضح المشرع ما الذي يتم توقيعه هل هو المسودة ام النسخة الاصلية ٠

وعلى اية حال فالاصل أن لا يفرق المشرع بين الحكم الذي يصدر في الجنح عن الحكم الذي يصدر في الجنايات ، والافضل أن يضع شروط الحكم ومتطلباته بغض النظر عن جسامة الجريمة التي يصدر فيها[٣].

ويجب أن يوقع كامل اعضاء المحكمة الذين اصدروا الحكم واشتركوا في المداولة على نسخة المسودة والنسخة الاصلية للحكم ٠ وعلى اعضاء المحكمة حضور تلاوة الحكم فان تغيب بعضهم

---

[١] يعطي مشرعنا اهمية لمسودة الحكم في قانون اصول المحاكمات المدنية كذلك ٠ فالمادة ٣/١٥٩ توجب حفظ مسودة الحكم المشتملة على اسبابه ومنطوقه في ملف الدعوى

[٢] نقض ١٠ ديسمبر ١٩٧٣ ، مجموعة احكام النقض ، س٤٤ ، ص١٢٠١

[٣] د٠ كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص٤١

فتتم تلاوته من هيئة اخرى على أن يتم تاريخه من تاريخ النطق[١] به واذا لم يكن الحكم موقعا من الهيئة التي اصدرته واشتركت في مداولاته فيجب ان تفتح الدعوى من جديد تطبيقا لمبدا الشفوية والعلنية التي تحكم جميع اجراءات المحاكمة[٢].

ووفق القضاء السوري فان محكمة النقض لا تتشدد في عدم توقيع النسخة الاصلية من قبل اعضاء المحكمة . فلا يبطل الحكم عدم توقيعه من قبل اعضاء المحكمة طالما أن المسودة موقعة من جميع القضاة . واذا وقع تناقض بين مسودة الحكم والنسخة الاصلية ولم تعمل محكمة الاستئناف على ازالة هذا التناقض كان حكمها عرضة للنقض ، واوجبت أن تكون مسودة القرار مكتوبة بخط القاضي ، ولا يجوز اعتماد ورقة مطبوعة تم حذف بعض فقراتها أو اضافة فقرات اليها[٣].

وتوقيع رئيس المحكمة على الحكم بمثابة اقرار بما تحتويه ورقة الحكم ، وبناء على ذلك فانه يكفي أن يصدر التوقيع عن احد قضاة المحكمة اذا حصل مانع للرئيس وليس النص على اختصاص الرئيس بالتوقيع الا بقصد تنظيم العمل وتوحيده[٤].

الفرع الثاني
بيانات الحكم

اجملت المادتان ١٨٢و١/٢٧٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمادة ١٦٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية البيانات الواجب توافرها في الحكم ، فيجب آن تحتوي العلل والاسباب الموجبة له والمادة القانونية المنطبق عليها الفعل ، وملخص للوقائع الواردة في قرار الاتهام ومطالب المدعي الشخصي والمدعي العام ودفاع المتهم ، واسم المحكمة التي اصدرته وتاريخ اصداره واسماء القضاة ...

---

[١] المادة ٤/١٥٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية

[٢] د. كامل السعيد المرجع السابق ، ص٤٢ ، وذلك على خلاف موقف محكمة التمييز التي لا ترى ضيرا من أن يكون القاضي الذي استمع الى اجراءات المحاكمة وتداول فيها هو نفسه الذي يصدر الحكم

[٣] د. عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، ص٩٤٨ ، د. كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص٤٢ ، وهو يرى أن الاحكام الواردة لدى القضاء السوري يمكن الاخذ بها لدينا لانسجامها مع نصوصنا القانونية . وبخلاف ذلك ترى محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها أن هذا النقض ليس سببا موجبا للبطلان ، وان الاعتماد يكون على النسخة الاصلية ، نقض٢٤ يناير ١٩٧١ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٢ ، ص٩٥ ، نقض ٣ديسمبر ١٩٧٩ ، س٣٠ ، ص٨٨٢

[٤] هذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية ، نقض ٢٤ يناير ١٩٧١ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٢ ، ص٩٥ ، لان المشرع المصري نص في المادة ٣١٢ بان توقيع الحكم من رئيس المحكمة أو كاتبها . اما في التشريع الاردني فالنص يشير الى توقيع قضاة المحكمة على الحكم وليس رئيس المحكمة فقط ، المادة ١/١٨٣ من الاصول الجزائية . وقد كان المشرع اللبناني واضحا في قانون الاصول الجزائية الجديد عندما نص على بطلان الحكم الخالي من توقيع احد اعضاء المحكمة . المادة ٢٧١ من قانون اصول المحكمات الجزائية ، الصادر في عام ٢٠٠١

وعلى اية حال يمكن رد جميع البيانات التي يجب ان يحتويها قرار الحكم الى اجزاء رئيسية ثلاثة هي : الديباجة والمنطوقة والاسباب •

ولم يوجب القانون ترتيبها على نحو معين ، بل ان هذا الترتيب يعود امره لاسلوب المحكمة في صياغة حكمها[١].

أ- ديباجة الحكم •

ديباجة الحكم هي مقدمته التي تستهدف التعريف به ، وتشتمل بيانات الديباجة على سائر البيانات التي تتحدد بها الدعوى تحديدا كافيا نافيا للجهالة • ومن هذه البيانات ذكر اسم المحكمة التي اصدرت الحكم وتظهر اهمية هذا البيان ، لمعرفة ما اذا كانت المحكمة وقت صدور الحكم مختصة ولائيا وقضائيا ام لا • واذا خلا الحكم من هذا البيان وقع باطلا[٢]• ويتصل ببيان اسم المحكمة بيان كيفية دخول الدعوى في حوزتها•

وكان قضاء محكمة النقض المصرية مستقرا قديما على وجوب اشتمال ورقة الحكم " بذاتها " على شروط صحتها ومقومات وجودها ، ولا يقبل تكملة النقص الحاصل في هذه البيانات بالرجوع الى محضر الجلسات أو أي وسيلة اثبات اخرى[٣].

وفي قضاء محكمة النقض المصرية الحديث عادت عن اجتهادها السابق واكدت أن جميع البيانات الواردة في الديباجة ، ولم ترد في ورقة الحكم ، فان وجودها في محضر الجلسات يسد النقص ، ولا يترتب البطلان على خلو الحكم منها •

وبالمقابل ، يترتب البطلان في حال عدم ذكر احد بيانات الديباجة ولم يكن هذا البيان موجودا في محاضر الجلسات • ولا يشترط ذكر اسم عضو النيابة أو الكاتب[٤]• وان الخطا في ذكر اسم القاضي لا يعيب الحكم ما دام أن الطاعن لا يجادل في أن القاضي الذي اصدر الحكم غير الذي باشر الإجراءات[٥].

---

[١] د• محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص٩٩٩

[٢] هذا ما استقرت عليه احكام محكمة النقض المصرية ، على سبيل المثال ، نقض ٢٨ مارس ١٩٧١ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٢ ص٢٩٤ ، نقض ١٠ يناير ١٩٧١ ، س٢٢ ، ص٤٢

[٣] نقض ١٩٤٢/٣٠/٣٠ ، القواعد القانونية ج٥ ، ق٣٧٧ ، اشار اليه د• محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص١٠٠١ ، ونقض ١٩٥٥/١١/٧ ، س٦ ، ص١٣٠٤ ، حيث جاء فيه " آن بيان المحكمة التي صدر منها الحكم والهيئة التي اصدرته وتاريخ الجلسة واسماء المتهمين ورقمها ووصف التهمة المسندة هي من البيانات الجوهرية ، وخلو الحكم منها يجعله كـــأن لا وجود له

[٤] نقض ٢٨ ينلير ١٩٨٠ ، احكام النقض ، س٣١ ، ص١٣٩

[٥] نقض ٤حزيران ١٩٥١ ، احكام النقض ، س٢ ، ص١٧٩٦ ، نقض ٢٦حزيران١٩٧٩ ، س٣٠ ، ص٣٩٠

ومن البيانات الرئيسية التي يجب ان تحتويها ديباجة الحكم " التاريخ " ، فالاصل في كل ورقة رسمية أن تتضمن تاريخ صدورها والا بطلت لفقدانها عنصرا من مقومات وجودها قانونا(١).

وينتقد جانب من الفقه – بحق – موقف محكمة النقض المصرية التي ترى ان مقومات وجود ورقة الحكم قانون ينحصر في تاريخ اصداره ، ولا تتسع لتشمل بيانات جوهرية اخرى ، مثل اسم المحكمة والهيئة التي اصدرت الحكم • ويتمنى على المحكمة الرجوع عن قضائها وان تتمسك بضرورة ذكر البيانات الجوهرية في ورقة الحكم(٢).

ومن بيانات الديباجة ، بيان اسماء اطراف الدعوى ، فللمحكمة ان تبين اسم المتهم والمدعي الشخصي والمسؤول المدني وملخصا لمطالبهم ، وما هو ضروري لتحديد شخصياتهم على نحو ناف للجهالة ، لذلك لابد من الاشارة الى القابهم ومحال اقامتهم • ويميل القضاء المصري الى عدم التشدد عند اغفال هذه البيانات في الحكم ، فلا يعيب الحكم عدم اشارته الى سن المتهم ما دام انه لا يدعي انه في سن تؤثر في مسؤوليته أو عقابه ، واذا ادى الشاهد شهادته بعد القسم ، فانها تكون صحيحة ما دام ان احد الخصوم لم يعترض على شهادته بانه قاصر أو لا تصح شهادته على هذه الصورة •

وعلى وجه العموم فان اغفال هذه البيانات أو الخطأ في ذكرها لا يرتب البطلان ما دام لها اصول في محاضر الجلسات(٣).

ومن البيانات المطلوبة ، بيان تاريخ ارتكاب الواقعة الجرمية ومحل ارتكابها ، فالاصل ان يتضمن الحكم بيان تاريخ الجريمة ومكان وقوعها ، لما لذلك من اثر في تحديد مبدا سريان مدة التقادم على الدعوى الناشئة عنها(٤).

ويعد بيان مكان ارتكاب الجريمة من البيانات الجوهرية عندما يكون ركنا من اركانها أو ظرفا مشددا فيها ، وقد تكون له نفس الاهمية في تحديد المحكمة المختصة(٥).

---

(١) وفي ذلك قالت محكمة النقض المصرية " ورقة الحكم من الاوراق الرسمية التي يجب آن تحمل تاريخ اصداره ، والا بطلت لفقدها عنصر من مقومات وجودها قانون ••• " ، نقض يونيه ١٩٥١ ، احكام النقض ، س٢ ، ص١١٩٦ ، ونقض٨فبراير ١٩٥٤ ، س٥ ، ص٣٢٣

(٢) ويبشر بميلاد توجه جديد للمحكمة بالاشارة الى بعض احكام محكمة النقض الصادرة بعد عام ١٩٧٩ والتي ترى آن اغفال الحكم وبيان اسم المحكمة التي صدر منها ، مما يؤدي الى الجهالة ، يجعله كأن لا وجود له ويكون الحكم قد تعيب في ذاته بالبطلان ، د• محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص١٠٠٥

(٣) د• محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩١٨ ، ومن قرارات النقض المصرية في هذا الشأن ١٨ديسمبر١٩٦٧س١٨ ، ص١٢٨٠ ، نقض ١٧ ابريل سنة١٩٦٢ ، س١٣ ، ص٣٨٠

(٤) ومع ذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه لا يعيب الحكم عدم تحديده تاريخ الواقعة ما دام لا يتصل هذا التاريخ بحكم القانون فيها و لم يدع المتهم آن الدعوى الجنائية الناشئة عنها قد انقضت بمضي المدة

(٥) نقض جنائي ٢٠ فبراير١٩٦١ ، س١٢ ، ص٢٣٨

واخيرا من البيانات الهامة التي اثارت في القضاء الاردني والمقارن مواقف متباينة هي صدور الاحكام القضائية باسم الملك أو الشعب وفق النظام المتبع في كل دولة .

فالمادة ٢٧ من الدستور الاردني تنص على ان السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر جميع الاحكام وفق القانون باسم الملك ، وفي مصر وسوريا تصدر الاحكام باسم الشعب .

وقد كان الاجتهاد القضائي لدى محكمة النقض المصرية يذهب الى بطلان الاحكام التي تخلو من بيان يشير الى صدورها باسم الشعب بطلانا متعلقا بالنظام العام[١].

ثم عدلت محكمة النقض بهيئتيها الجنائية والمدنية عن هذا الاجتهاد نحو عدم ترتيب البطلان على اغفال هذا البيان[٢].

ب- اسباب الحكم

اسباب الحكم هي المقدمة المنطقية التي يحمل عليها منطوقه ، أو مجموعة الاسانيد الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها الحكم ، فافضت الى ما خلص اليه منطوقه. ويستوي في ذلك ان يكون صادرا بالادانة أو البراءة أو عدم المسؤولية . مع فارق يتلخص بانه يكفي في حكم البراءة أن تبين المحكمة سببا واحدا يدعوها للبراءة دون التزامها بذكر جميع الاسباب الموجبة لذلك متى تعددت في الدعوى ، حيث يكفي تشكيلها في صحة اسناد التهمة الى المتهم[٣].

وللتسبيب اهمية بالغة ، فهو يعتبر ضمانة هامة للخصوم ، حيث يقتضي هذا البيان أن يمعن القاضي النظر ويدقق البحث في وقائع الدعوى وادلتها بشكل واف حتى يستطيع آن يصل الى المقدمات التي تؤدي منطقيا الى نتيجة الحكم الواردة في منطوقه . من جهة اخرى فان التسبيب يمكن الخصوم من التعرف على الاسباب التي استند اليها القاضي في حكمه ، وتستطيع المحكمة التي يطعن امامها بالحكم ان تفهم مراميه والاساس الذي بنى عليه ليتيسر لها الفصل في الطعن[٤]

---

[١] نقض ٧ تشرين اول١٩٥٧ ، مجموعة احكام النقض ، س٨ ، ص٧٥٧

[٢] نقض ٢١ يناير١٩٧٤ ، مجموعة احكام النقض ، س٢٥ ، ص١ ، ومما جاء في هذا القرار ... آن الشارع لا يعتبر من بيانات الحكم صدوره باسم الامة والشعب ، وان قضاء الدستور بصدور الحكم بهذه المثابة الا افصاحا عن اصل دستوري اصيل وامر مسبق مقضي مفترض بقوة الدستور نفسه من آن الاحكام تصدر باسم السلطة العليا صاحبة السيادة وحدها ... ومن ثم فان ايراد ذلك بورقة الحكم عند تحريره ومن بعد صدوره بالنطق به ليس الا عملا ماديا لاحقا كاشفا عن ذلك الامر المفترض ، وليس منشئا له ومن ثم فان خلو الحكم مما يفيد صدوره باسم الامة أو الشعب لا ينال من شرعيته أو يمس ذاته . اما في سوريا فقد اعتبرت محكمة النقض وما زالت الحكم المشار اليه باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام لانها تكون قد اغفلت مبدأ دستوريا من النظام العام ، انظر د. عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، ص٩٥١

[٣] نقض ١٩٧٣/٣/٢٥ ، احكام النقض ، س٢٤ ، ص٧٩ ، نقض ١٩٧٨/١/١٥ ،س٢٩ ، ص٧

[٤] د. فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص٦٢٧

وقد بينت محكمة التمييز في العديد من قراراتها القديمة والحديثة ، ان القرار الذي يشتمل على ملخص الوقائع الواردة في قرار الاتهام والمحاكمة وعلى ملخص مطالب المدعي الشخصي ودفاع المتهم وعلى الادلة والاسباب الموجبة للتجريم يكون متفقا واحكام القانون[١].

كما اوضحت محكمة النقض المصرية اهمية التسبيب وعلته عندما قالت : ان تسبيب الاحكام من اعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاه اذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الاقضية ٠ وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد لانه كالعذر فيما يرتأونه ويقدمونه بين يدي الخصوم والجمهور ٠ وبه يرفعون ما قد يرين على الاذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع الى عدلهم مطمئنين [٢].

والتسبيب امر لازم في كل حكم ، سواء كان بالادانة أو بالبراءة ، واذا كان التسبيب يعني المتهم بالدرجة الاولى لكي يستطيع الطعن بالحكم الصادر بالادانة ، فانه يهم كذلك النيابة العامة لنفس الغاية بل انه يهم المجتمع باسره ، فحق المجتمع الاطلاع على اسباب الاحكام لا يقل شأنا عن حق اطراف الدعوى في ذلك ٠

على انه ينبغي الاشارة الى انه اذا كانت المحكمة ملزمة ببيان الاسباب والادلة التي اقتنعت بها في الحكم ، الا انها غير ملزمة بيان اسباب اقتناعها بهذه الادلة دون غيرها ، لانه من المسلم به ان تقدير الادلة في المواد الجزائية يعود الى قناعة القاضي الوجدانية ٠

ولتسبيب الاحكام خصائص معينة ، يأتي في مقدمتها وجوب أن يكون الحكم مدونا بخط واضح مقروء ، فاستحالة قراءة اسباب الحكم ياخذ حكم الحكم الخالي من الاسباب[٣].

ويجب أن يكون التسبيب واضحا مفصلا بحيث يستطاع الوقوف على مسوغات ما قضى به الحكم دون عناء كبير ، فافراغ الحكم في عبارات عامة مطاطة ، أو وصفه في صورة مجهلة لا يحقق غرض المشرع من وجوب تسبيب الاحكام [٤].

ويجب أن يكون تسبيب الحكم متسقا ولا يوجد بين اسبابه تناقض ينفي بعضه بعضا ، كأن تذكر المحكمة أن الفعل الاجرامي كان على اثر نقاش واستفزاز ثم تعتبر سبق الاصرار متوفرا ٠

---

[١] انظر على سبيل المثال تمييز جزاء ٥٤/٨المبادئ القانونية لمحكمة التميز في القضايا الجزائية ، ج١ ، ص٢٣٩ وقد جاء فيه " ان المادة ١٨٢ من الاصول الجزائية تنص على وجوب اشتمال الحكم على الاسباب الموجبة للتجريم من عدمها ، أي على الاسباب الموضوعية للحكم " تمييز جزاء ٦٤/١٣٩ ، المرجع السابق ، ص٢٥١ ، تمييز جزاء ٧٩/١ ، البادئ القانونية ، ص٣٠٢

[٢] نقض ١٩٢٩/٢/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج١ ، ص١٧٨ مشار اليه لدى د٠ عوض محمد ، المرجع السابق ، نفس الصفحة

[٣] نقض ٢٤ ديسمبر ١٩٨٠ ، مجموعة احكام النقض ، س٣١ ، ص١١١٣

[٤] د٠ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩٢٦

أو أن ينكر الحكم وجود بعض شروط حالة الدفاع الشرعي ثم يعتبر هذه الحالة متوافره[١].

كما يجب ان يكون الحكم منطقيا ، بمعنى ان تؤدي اسبابه حصرا الى ما انتهى اليه منطوقه ، وان لا تتعارض مع ما هو ثابت في محاضر المحاكمة ، أو باقي ادلة الدعوى ، كأن يرد في اسباب الحكم ان احراز المتهم للمخدر كان بقصد الاتجار ثم تدينه المحكمة بجريمة التعاطي[٢].

ويتطلب تسبيب الحكم تحقق عدة عناصر هي : الادلة الواقعية والقانونية التي اعتمدت عليها المحكمة في تكوين عقيدتها ، ثم الرد على الطلبات والدفوع الجوهرية . فاذا كان الحكم صادرا بالادانة وجب بيان الواقعة المستوجبة للتجريم ، والظروف التي وقعت بها ، فضلا عن الاشارة الى النص القانوني المنطبق عليها ، ويمكن الحديث عن هذه العناصر في الفقرات التالية :

- بيان الواقعة المستوجبة للتجريم وظروفها

ان علة توافر هذا البيان هو التعرف على سبب الدعوى والتحقق من توافر اركان الجريمة بما يكفل تفسير الادانة والعقوبة ، والتحقق من صواب الاشارة الى نصوص القانون . كما يتيح هذا البيان معرفة ما اذا كانت هناك اسباب أو ظروف معفية من العقوبة أو مخففة منها أو مشددة له[٣]

وعلى اية حال تبين المادة ١/٢٣٧ من قاون اصول المحاكمات الجزائية مشتملات الحكم بالادانة حيث يفترض فيه بيان الواقعة المستوجبة للتجريم والعقاب والظروف التي وقعت فيها واركان الجريمة وعناصرها .

وبشأن تحديد الواقعة ، يتم اولا بيان الركن المادي في الدعوى بكافة عناصره ، ويستخلص من الحكم الافعال والتصرفات التي قارفها المتهم ، مثل فعل اطلاق النار في القتل أو الاخذ في السرقة أو الضرب في جرائم الايذاء . ويجب أن يستفاد من الحكم النتيجة الجوهرية التي يتطلبها القانون كالوفاة في القتل ، والايذاء في الضرب ، وهكذا في باقي الجرائم[٤].

ولابد أن نستخلص من عبارات الحكم وجود الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة . وهي رابطة تظهر عادة من خلال سرد الوقائع وتسلسلها ، ولا يلزم ابرازها بشكل مستقل الا اذا قام المتهم بالدفع بانتفائها عندئذ يجب أن تظهر المحكمة بيان هذه الرابطة بشكل واضح وليس فيه مجال للشك .

---

[١] نقض ٢٥ فبراير ١٩٥٨ ، مجموعة الاحكام ، س٩ ، ص٢٠٢

[٢] د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٥٢٤

[٣] د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩١٩

[٤] عمرو عيسى الفقي ، المرجع السابق ، ص٣٩ ، لذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه لا مصلحة للطاعن من النعي على الحكم بانه لم يبين أي الاصابات هي التي اعجزت المجني عليه اكثر من عشرين يوما ، ولا من الذي احدثها ما دامت قد اوردت الادلة التي استخلصتها منه مساءلتهم جميعا عن الضرب ، نقض٨/١١/١٩٤٩ احكام النقض س١،ص٦١

ويجب ان يبين الحكم ما اذا كانت الواقعة تشكل شروعا أو اشتراكا اركان الشروع أو الاشتراك على نحو واف[١]. كما يجب أن يبين مدى توافر الظروف القانونية المشددة والاعذار القانونية المعفية أو المخففة • وينبغي من جهة اخرى بيان صفة الفاعل في الجرائم التي يتطلب قيام هذه الصفة في بعض المتهمين ، كجرائم الرشوة ، أو قد يكون هذا الطلب محددا بالنسبة للمجني عليه عندما يشدد القانون في عقوبة القتل التي يكون ضحيتها موظفا • فاذا لم يستظهر الحكم هذه الصفة في الطاعن فانه يكون معيبا بالقصور [٢].

وينبغي ان يستفاد من الحكم اظهاره لصورة الركن المعنوي في الجريمة على النحو الذي تطلبه القانون سواء كان على صورة القصد أو الخطأ •

واذا كان القصد الجنائي العام لا يثير صعوبة تذكر لانه يتضمن توافر عنصري العلم بالقانون، وهو مفترض والعلم بماهية الوقائع وهو يستفاد من مجرد اقامة الدليل على اسنادها للمتهم ، فان الامر على خلاف ذلك بشأن القصد الخاص الذي يتطلب المشرع توافره في بعض الجرائم •

ولا يلزم ذكر البيانات السابقة في الحكم بشكل صريح ، بل يكفي ان يستفاد ذلك ضمنا ، وبشكل كاف ترى معه محكمة التمييز انه لا يشوبه غموض أو ابهام • من جهة اخرى لم يرسم المشرع شكلا خاصا أو طريقة معينة يصوغ فيها الحكم الوقائع السابقة بل يكفي ان يدل مجموع ما اورده على تفهم الواقعة باركانها وظرفها والمامها الشامل بادلة الدعوى على نحو يهيئ لها ان تمحصها التمحيص الكافي[٣].

– النص القانوني الذي حكم بموجبه.

اثار موضوع بيان نص القانون في حكم الادانة جدلا واسعا حول مدى اهمية ذكر هذا البيان في الحكم • فقد اوجبت المادة ١/٢٣٧ من قانون اصول المحاكمات ان يشتمل الحكم على المادة القانونية المنطبق عليها الفعل في حالة التجريم وعلى تحديد العقوبة والالتزامات المدنية •

ومع ان ظاهر النص ياتي بصيغة الوجوب الا ان الاجتهاد القضائي مستقر على انه لا يشترط أن ينقل الحكم النص القانوني حرفيا ، وانما يكفي الاشارة الى رقم المادة التي تنص على الجريمة

---

[١] وقد قضت محكمة النقض المصرية بانه لا يعتبر المحكوم عليه في طلب نقض الحكم استنادا الى آن المحكمة اخطأت في التدليل على آن الجريمة التي شرع فيها خابت لسبب خارج عن ارادته ما دام آن الحكم قد اثبت انه انتوى ارتكاب الجريمة وبدأ في تنفيذها وان عدم نجاحها لا يرجع الى ارادته ، نقض ١٩٣٨/٦/٢٧ قواعد محكمة النقض ، ج٢ ، ص١١٣٢ ، مشار اليه لدى عمرو عيسى ، المرجع السابق ، ص٤٤

[٢] نقض ١٩٦١/١/١١ ، احكام النقض ، س١٩ ، ص٩٦١

[٣] الى ذلك اشارت محكمة النقض المصرية عندما قضت بانه ما دام آن المحكمة قد اشتملت اركان الجريمة في الواقعة التي بينتها فالها غير ملزمة آن تتحدث صراحة عن كل ركن فيها ، نقض ٤ مايو ١٩٥٣ ، مجموعة احكام النقض ، س٤ ، ص٧٦٨

ولم يشترط المشرع النص في الحكم على مواد اخرى في قانون الاصول الجزائية أو القوانين الاخرى .

ولا يترتب البطلان على الخطأ في ذكر النص القانوني اذا كانت العقوبة المفروضة بمقتضاه هي العقوبة الواجبة التطبيق [١]. اشارت الى ذلك المادة ١/٢٣٧ عندما تطلبت توافر البيانات السابقة في حالة الحكم بالادانة ، اما حكم البراءة فلا يشترط فيه توافر تلك البيانات[٢].

من جهة اخرى فلا يترتب البطلان عند اغفال أي نص قانوني يستند الى قانون الاصول الجزائية فالمطلوب هو بيان نص القانون الموضوعي ، وتطبيقا لذلك لا يبطل الحكم الصادر بالبراءة عدم الاشارة الى المادة ١٧٨ من الاصول الجزائية . وعلى وجه العموم لا يترتب البطلان عند اغفال أي نص من نصوص قانون اصول المحاكمات الجزائية[٣].

- الرد على الطلبات والدفوع الجوهرية

على المحكمة ان ترد على كل طلب أو دفع جوهري في الدعوى والا كان حكمها باطلا ، فالمادة ١٧٦ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اوجبت على المحكمة الحكم بعد الاستماع الى البينات وابداء المدعي الشخصي مطالبه وممثل النيابة مطالعته والظنين والمسؤول بالمال دفاعهما . كما اشارت المادة ١/٢٣٧ الى ذلك عندما اوجبت أن يشتمل القرار على بيان لدفاع المتهم .

وعلى المحكة ان ترد على كل طلب أو دفاع جوهري يتقدم به احد الخصوم ، وذلك تحت طائلة البطلان .ولكي تلتزم المحكمة بالرد على هذه الطلبات أو الدفوع ، يجب تتوافر فيها الشروط التالية :

- ان يكون الطلب أو الدفع منتجا في الدعوى . اما اذا كان من شأنه اثارة شبهة في الدليل وليس من أجل قيمته القانونية ، فان مثل هذا الدفع اوالطلب لا يعد جوهريا ولا تلتزم المحكمة بتنفيذه أو الرد عليه صراحة[٤].

- كما تشترط في الدفع أو الطلب ان يكون صريحا جازما يقرع سمع المحكمة ، وبناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية انه اذ طلب المتهم في الجلسة الاولى سماع شاهد الاثبات الغائب ، فسمعت المحكمة اقوال من حضر ثم ترافع الاطراف ولم يصر على طلبه مما يفيد انه تحول عن

---

[١] انظر المادة ٢٨٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

[٢] الى ذلك اشارة محكمة النقض المصرية حيث ورد في احد قراراتها " اذا كان السبب في البراءة عدم توافر ركن من اركان الجريمة فان التحدث في سائر الاركان لا يكون له عمل " ٣ديسمبر١٩٧٩ ،مجموعة احكام النقض ،س٣٠،ص٨٨٢

[٣] د. رؤوف عبيد ، ضوابط تسبيب الاحكام ، المرجع السابق ، ص١٤٨ ، محمد كامل ابراهيم ، المرجع السابق ، ص٣٠٤ ، وانظر نقض ١٩٨٠/٢/٧ س٣١ ، ص٢٠٠ ، نقض١٩٥٩/٣/١٦ ، احكام النقض ، س١٠ ، ص٣٠٨ ، نقض١٩٦٧/٤/٢ ، احكام النقض ، س١٨ ، ص٤٧٠

[٤] نقض ١٣ مارس ١٩٦٢ ، س١٣ ، ص٢٣١ ، ٢نوفمبر ١٩٦٥ ، س١٦ ، ص٨٠١

طلبه ، فان ما يثيره حول اخلال المحكمة بحقه بعدم دعوة الشاهد لا يكون سديدا[١] . وهذا بالطبع يختلف عن الحالة التي يكون فيها الطلب احتياطيا ، فاذا طلب الدفاع اعلانا بشروط المتهم ومن باب الاحتياط وعده شهود النفي على ما استجد من وقائع بعد الحادث ، فاذا ذهبت المحكمة الى ادانة المتهم دون اجابة طلب وكيل المتهم في وعده الشهود يكون حكمها معيبا ومخلا بحق الدفاع لان الطلب في هذه الحالة لا يمكن وصفه بانه غير جدي[٢].

- ان يتم ابداء الطلب أو الدفع قبل اقفال باب المرافعة ، فالطلبات التي تبدل بعد ذلك لا تلتزم المحكمة باجابتها. وفتح باب المرافعة امر يدخل في تقدير المحكمة ، فلها آن تقرره من تلقاء نفسها اذا ارادت ان تستوضح من بعض الامور الغامضة . ولها ان ترفض طلب الخصوم اذا وجدت عدم جدوى اعادة فتح باب المرافعة .

الاانه ينبغي ان يكون للخصم حق مقرر في فتح باب المرافعة اذا بنى على سبب جديد وجوهري طرأ بعد قفل المرافعة ، وترتب عليه لو صح تغير وجهة الراي في الدعوى ، ومخالفة هذا الامر يؤدي الى البطلان[٣]

- ان يكون الدفع الجوهري قد اثير امام محكمة الدرجة الاولى اوالثانية اما اذا اثير امام محكمة الدرجة الاولى وحدها ولم يصر على طلبه في الاستئناف ، فقد يفسر على انه تنازل منه عن حقه في الدفع .

- أن تكون المحكمة قد اعتمدت في قضائها على الإجراء المدفوع ببطلانه أو ان تكون الواقعة محل الدفاع الموضوعي عنصرا من عناصر حكمها اثباتا أو نفيا ، اما اذا لم تعتمد على شيء من ذلك ، فلا يترتب البطلان في هذه الحالة [٤]

ج- منطوق الحكم.

لم يرد هذا البيان في قانون اصول المحاكمات الجزائية بوضوح كاف ، لكن ورد حكمه في المادة ٣/١٥٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية التي تنص على ما يلي " تحفظ مسودة الحكم المشتملة على اسبابه ومنطوقه .."

---

[١] نقض ١٣ مارس ١٩٦٣ ، المشار اليه سابقا ، د. رؤوف عبيد ، ضوابط التسبيب ، المرجع السابق ، ص١٦٨

[٢] د. رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص١٧٣

[٣] نقض ١٣ مارس١٩٦٣ ، المشار اليه سابقا ، د. رؤوف عبيد ، ضوابط التسبيب ، المرجع السابق ، ص١٦٨

[٤] وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية ، بتنه اذا كان الحكم المطعون فيه لم يتخذ من المضبوطات التي اسفر عنها تفتيش مسكن الطاعن دليلا على ثبوت التهمة قبله ، فانه لا يعفيه التفاته عن الرد على الدفع المبدى من قبل الطاعن ببطلان التفتيش . الطع رقم ١٨٩١ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٧٦/٣/٧

ويعد المنطوق الجزء الختامي أو الاخير من الحكم ، وعادة ما ياتي بعد عبارة ، " فلهذه الاسباب حكمت المحكمة " أو أي عبارة اخرى مشابهة . [١]

وبالرغم من الخلاف الفقهي حول تعريف المنطوق الا ان هذا الخلاف لا يعدو ان يكون شكليا ، ويكاد يتفق الفقهاء على اعتباره ذلك الجزء الاساسي في الحكم الذي ياتي في نهايته متضمنا البت في موضوع الدعوى أو المشكلة التي ثارت قبل الفصل في الموضوع اذا تمثلت في طلب أو دفع جوهري وهو النتيجة المنطقية لاسبابه [٢]

ويعتبر منطوق الحكم احد اهم اجزائه ، اذ تتعلق به حقوق الخصوم ، وتتحدد بموجبه مراكزهم القانونية ، وهو الجزء الذي يحوز حجية الامر المقضي ، وهو الذي توجه اليه طرق الطعن .

واذا كان المنطوق والاسباب يكمل كل منهما الاخر ، الا ان المنطوق يحظى باهمية اكبر ، طالما ان الاسباب لا تعدو ان تكون المقدمة المنطقية له وخلاصة الاسانيد والحجج التي اعتمد عليها الحكم . وبالرغم من هذا الفارق الا ان النتيجة المترتبة على عدم وجود أي منهما يؤدي الى انعدام الحكم [٣] ويجب ان ينطق بالمنطوق في جلسة علنية ، فقبل النطق بالحكم لا يكون للحكم وجود ، ولو حررت مسودته .

ولا يشترط في المنطوق ان يرد على كل طلب أو دفع يرد في الدعوى ، أو ان يناقش جميع ادلة الدفاع ، بل يكتفى ان يبدي اطمئنانه اليها واقتناعه بها لكي يعتبر هذا الاخير ردا ضمنيا على طلبات الدفاع .

واذ كان القانون يوجب ان يتلى الحكم علنا ، وان يشتمل على اسبابه ومنطوقه معا الا ان ما يجري في الواقع العملي هو تلاوة المنطوق دون الاسباب ، وان مثل هذا الإجراء لا يترتب عليه البطلان . والاصل أن يتطابق المنطوق الوارد في نسخة الحكم مع ما نطقت به المحكمة شفاهة ، واذا وقع خلاف بين الحالتين ترتب على ذلك بطلان الحكم ، الا اذا تعلق الامر بخطأ مادي يمكن تصحيحه وفقا لاحكام القانون [٤]

واذا نطقت المحكمة بمنطوق معين خلافا لما هو ثابت في مسودة الحكم ، فان الحكم يحمل على المنطوق لا على ما ورد في المسودة . ويتوقف مصير الحكم على ما سيرد في النسخة الاصلية من الحكم ، فيكون باطلا آن ما ورد فيه مخالف للمنطوق[٥].

---

[١] د. ادوار غالي الذهبي ، المرجع السابق ، ص ٦١٠

[٢] د. عوض محمد ، المرجع السابق ، ص ٧٤١ ، د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٩٣٧

[٣] د. كامل السعيد ، المرجع الساب ق، ص ٩٧

[٤] د. ادوار غالي ، المرجع السابق ، ص ٦١٠

[٥] د. كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص ٩٨

المطلب الثاني

الاجتهادالقضائي في مسائل الحكم المختلفة

لمحكمة التمييز العديد من القرارات حول شروط صحة الاحكام الواجب توافرها في الحكم الصحيح ٠ وياتي جل هذه الاحكام حول وجوب اشتمال الحكم على ملخص الوقائع الواردة في قرار الاتهام ، وعلى ملخص لاجراءات المحاكمة ومطالب المدعي العام والمتهم ، ومعالجة الادلة المقدمة في الدعوى والاسباب الموجبة للتجريم والمواد القانونية المنطبقة على الوقائع ٠ فالحكم الذي يشتمل على جميع هذه البيانات لا يكون عرضة للنقض ٠

فمن القرارات الحديثة في هذا الشان ما جاء في احد قرارات محكمة التمييز من انه " اذا اشتمل القرار المميز على ملخص الوقائع الواردة في قرار الاتهام وعلى ملخص اجراءات المحاكمة ومطالب المدعي العام ومعالجة للادلة المقدمة في الدعوى والاسباب الموجبة للتجريم والمواد القانونية المنطبقة على فعل المحكوم عليه وعلى العقوبة المحكوم بها وبذلك يكون القرار المميز معللا تعليلا كافيا وقانونيا يتفق واحكام القانون"(١)٠

- حتى يكون اتصال المحكمة بالدعوى صحيحا منتجا لاثاره تشترط محكمة التمييز ان يكون التبليغ صحيحا والا كان الحكم باطلا ٠ فقد جاء في احد هذه القرارات " اذا كان حكم محكمة الصلح معتمدا على تبليغ باطل فهو مخالف للقانون لانه لا يتيح للمشتكى عليه فرصة الدفاع عن نفسه "(٢)٠

- تعتبر محكمة التمييز توقيع الحكم من هيئة غير التي دققته موجبا للبطلان ، فقد جاء في قرار لها " اذا كان توقيع الحكم من هيئة الحكم خلاف الهيئة التي دققت الحكم واختتمت المحاكمة يشكل

---

(١) تمييز جزاء ٢٠٠٢/٧٠٥ ، تاريخ ٢٠٠٢/٧/١٤ ، ومن الامثلة على هذه القرارات انظر تمييز جزاء ٢٠٠٣/٥٣٩ تاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٢ ، غير منشور ، تمييز جزاء ٢٠٠٢/٤٤٧ تاريخ ٢٠٠٢/٥/١٢ ، غير منشور ، تمييز جزاء ٢٠٠٢/١٧٢ تاريخ ٢٠٠٢/٣/١٤ ، غير منشور ، تمييز جزاء ١٩٩٩/٦٤١ تاريخ ١٩٩٩/٣/٣٠ ، غير منشور ، تمييز جزاء ١٩٩٩/٥٤١ مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠ ، ص١٢٢٠ ، ١٩٩٩/٤٩ المجلة القضائية لسنة١٩٩٩ تاريخ ١٩٩٩/٣/١٤ ، تمييز جزاء ١٩٩٢/٣٣ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٢ ، ص١٢٧٣ ، اوضحت في احد قرارها بوجوب اشتمال مقدمة الحكم على اسماء الخصوم وهوياتهم بشكل واضح ومفصل ، وخلاصة ما قدموه من مرافعات أو دفاع وتاريخ الحادث ، اما الحكم فيشتمل على الواقعة التي صدرت عن المتهم والتي توفرت فيها اركان الجريمة ، ولا يكفي آن تصف المحكمة التهمة بوصفها القانوني ومن ثم تحكم بالعقوبة ، تمييز جزاء ١٩٨٠/٤٣مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٠ ، ص١١٣٨ ، وقد ذهبت محكمة النقض السورية في العديد من قرارها الى وجوب اشتمال الحكم على التعليلات والاسباب الموجبة له وذكر الادلة المؤدية اليه بشكل مفصل تحت طائلة البطلان ٠ من هذه القرارات ، نقض اساس ٩٥٢ قرار ١٥٤٢ تاريخ ١٩٩٠/٨/٢٢ مشار اليه لدى عبد القادر جار الله الالوسي ، مجموعة احكام النقض في قانون اصول المحاكمات الجزائية من عام ١٩٨٨ – ٢٠٠٠م ، المكتبة القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص٦٧ ، قاعدة رقم ٩٨٦ ، نقض ٢/١٤٩ تاريخ ١٩٩٢/٢/٢٤ ، المرجع السابق ، ص٩٩ ، قاعدة ١٠١١

(٢) تمييز جزاء ٢٠٠٢/٧٩٧ تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢١ ، غير منشور ، تمييز جزاء ٢٠٠٣/٥٦٩ تاريخ ٢٠٠٣/٧/٧ غير منشور

مخالفة لاحكام المادتين ١/٢٣٦ و٢/٢٣٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللتين تتعلقان بالنظام العام ولا يجوز مخالفتهما، مما يتوجب معه نقض القرار"[١].

– ان الاحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم يجب ان تتقيد بالزمان والمكان المحددين لها ، وان صدور قرار عن محكم الاستئناف – تدقيقا – في يوم عطلة يجعله باطلا[٢].

– ترتب محكمة التمييز البطلان اذا لم يكن الحكم موقعا من رئيس المحكمة وكذلك مسودة هذا القرار٠ وهذا التوجه يتفق مع توجه محكمة النقض السورية ، وان كانت الاخيرة ترتب الانعدام على خلو مسودة الحكم من توقيع القضاة ٠ وقد جاء في احد قرارات محكمة التمييز في هذا الصدد ما يلي " اذا كان القرار الصادر عن المحكمة لم يوقع من القاضي المترئس لهيئة المحكمة كما ان مسودة القرار لم توقع منه ، مما يخالف احكام المادة ٢/٢٣٧ من الاصول الجزائية التي توجب على قضاة الحكم توقيع القرار قبل تفهيمه ، فان ذلك يعتبر مخالفا للاجراءات تحت طائلة البطلان "[٣].

– وبشأن وضوح الحكم ، جاء في احد قرارات محكمة التمييز " يجب ان يكون قرار الحكم واضح الدلالة لا جهالة فيه كاملا في منطوقه لا يعوز ذا الشان التروي في فهمه مبنيا على وقائع ثابته بصورة جازمة ٠٠ واذا ورد في الحكم عبارة وحسب ادعاء المتهم قام بتخليص السكين من المغدور ولم يتبين ما اذا صدقت هذا ام لم تصدقه ، يكون حكمها قاصرا بالتعليل لعدم ايرادها الوقائع التي قنعت بها "[٤].

– تفرق المحكمة بين الحكم وقرار التجريم ، فلا يجوز تجريم المتهم بجناية وفرض العقوبة بقرار واحد ٠ وانما على المحكمة أن تصدر قرارا مستقلا بالتجريم بعد الاستماع الى اقوال ممثل النيابة العامة والمتهم ومحاميه ثم تفرض العقوبة [٥]

– يجب ان يكون منطوق القرار مبنيا على علل واسباب وليس على عبارات مجردة ٠ فقد بينت محكمة التمييز ان المادة ١٨٢ من الاصول الجزائية تشترط في صحة الاحكام ان تبنى على ادلة

---

[١] تمييز جزاء ٢٠٠٣/٤٧١ تاريخ ٢٠٠٣/٢/٢٦ ، غير منشور

[٢] تمييز جزاء ٢٠٠٠/٥٠ مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٢ ، ص١٠٣٨

[٣] تمييز جزاء ١٩٩٨/٢٥٨ المجلة القضائية لسنة ١٩٩٨ تاريخ ١٩٩٨/٤/٢٩ ، وقد جاء في حكم لمحكمة النقض السورية ما يلي " لكي يكون للحكم وجود قانوني ويكون حجة بما اشتمل عليه ، يجب آن تكون مسودة الحكم موقعة من الهيئة التي اشتركت في اصداره والا كان عبارة عن ورقة لا قيمة لها قانونا ، ويعتبر منعدما " نقض اساس ١٥٤٦ صادر بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٢٠ ، القاعدة ١٠٢٢ مجموعة احكام النقض ، المرجع السابق ، ص١١٤

[٤] تمييز جزاء ١٩٩٤/٦٦ مجلة نقابة المحامين لسنة١٩٩٥ ، ص٢٧١١

[٥] تمييز جزاء ١٩٦٤/١٣٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٤ ، ص١٠٥٠

قانونية تؤدي الى الادانة ، واذا لم تبين المحكمة ذلك ، ولم تبين الواقعة التي توصلت اليها يكون حكمها مخالفا للقانون (١)

- لم ترتب محكمة التمييز البطلان في بعض قراراتها عند مخالفة محكمة الموضوع الإجراءات

- لا يترتب البطلان - وفق اجتهاد محكمة التمييز - اذا لم يتم توقيع محاضر المحاكمة من القضاة ، لان محكمة التمييز تبرر ذلك بالقول ان هذا الإجراء لم يوجب القانون مراعاته تحت طائلة البطلان عملا بالاحكام الواردة في المواد ٢٠٧و٢١٥و٢١٦ والمتعلقة بضرورة تبليغ المتهم صورة عن قرارالاتهام قبل المحاكمة وتلخيص التهمة له (٢) تحت طائلة البطلان (٣) • وياتي هذا الاجتهاد بخلاف قرارات عديدة لمحكمة النقض السورية والتي ترتب البطلان في حال خلو محضر المحاكمة من توقيع القضاة • (٤)

- لا ضير على محكمة الموضوع ان هي ختمت اجراءات المحاكمة واصدرت الحكم بنفس الجلسة ، ولا يترتب على اجرائها البطلان • لان القانون - وفق اجتهاد محكمة التمييز - لا ينص على البطلان •

- لم ترتب محكمة التمييز البطلان عند مخالفة الادوار التي بينتها المادة ٢٢٣من الاصول الجزائية ، والتي توجب الاستماع الى شهود النيابة والمدعي الشخصي ثم المتهم • وقد اجازت في احد القرارات لمحكمة الموضوع الاستماع لبينات المدعي الشخصي بعد أن ختم المتم بينته ولم ترتب البطلان على ذلك •

والواقع ان هذا القضاء محل نظر ، وهو يخالف قاعدة جوهرية في المحاكمات تستلزم ان يكون المتهم آخر من يتكلم ويقدم بيناته ، حتى يستطيع أن يدحض بينات النيابة والمدعي الشخصي •

- لا يترتب البطلان على عدم تفهيم المحكمة للمحكوم عليه ان من حقه أن يستأنف القرار خلال خمسة عشر يوما ، لان الجهل بالقانون لا يشكل عذرا (٥).

---

(١) تمييز جزاء ١٩٩٧/٦٧٢ ، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ١٩٩٨، ص ١٠٢٤

(٢) تمييز جزاء ١٩٨٧/٩٢،مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٩ ، ص ٢١٦٩،تمييز جزاء ١٤٩ /١٩٨٣، لسنة ١٩٨٤ ، ص٢٧ ، وبعكس ذلك انظر تمييز جزاء ١٩٧٢/٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٢، ٢٣٠

(٣) تمييز جزاء ١٩٩٩/٦٩١، مجلة نقابة المحامين ، لسنة ٢٠٠١ ص ٩٥٧ ، تميز جزاء ١٩٩٤/٣٣٢ ، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤، ١٤٦٥

(٤) جاء في قرار حديث لمحكمة النقض السورية " آن عدم توقيع ضبوط الجلسات من كافة اعضاء المحكمة يشكل بطلانا في تلك الجلسات وخاصة اذا جرى فيها اجراءات جوهرية كسماع الشهود ، وان ذلك من متعلقات النظام العام " نقض اساس١٧١٨ تاريخ ٩/٢٤/ ٢٠٠٠، مجموعة احكام النقض ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥

(٥) تمييز جزاء ٢٠٠٢/٥٨، تاريخ ٢٠٠٢/١١/٢٦، غير منشور

- تؤكد محكمة التمييز ان وقوع خطا في ذكر النص القانوني في الحكم لا يوجب نقضه ، ما دامت العقوبة المحكوم بها المتهم هي المقررة في القانون للجريمة حسب القائع المثبتة في الحكم [١] وكذلك الامر فيما لو وقع خطا في ذكر الفقرة من المادة القانونية عند العقوبة ،فلا يجرح الحكم لانه خطأ كتابي [٢]

- بالمقابل ترى المحكمة ان اغفال النص القانوني المبني عليه الحكم يرتب البطلان [٣] ، وان اغفال اسم المحكوم عليه يؤدي الى نقض الحكم[٤]

- وذا اصدرت المحكمة قرارا فلا يجوز لها الجوع عنه واصدار قرار آخر ، حتى لو كان الحكم الاول خاطئا بسبب عدم الصلاحية ، على نحو ما قررته محكمة التمييز ، لان الدعوى تخرج من حوزتها [٥]

- وافقت محكمة التمييز محاكم النقض في بعض الدول العربية فيما يتعلق بضرورة ان يكون قرار التجريم الصادر بالاكثرية ملزما للمحكمة بكامل هيئتها وعلى القاضي المخالف أن يشترك في فرض العقوبة المترتبة على هذا القرار. [٦]

- وفيما يتعلق بوجوب صدور الاحكام باسم جلالة الملك ، فقد بينت موقف محكمة النقض المصرية منهذه المسألة ، حيث استقر اجتهادها على ان اغفال هذا البيان لا يرتب البطلان. اما محكمة النقض السورية فقد كان اجتهادها وما يزال متواترا على ان هذه المخالفة ترتب البطلان المتعلق بالنظام العام وفي قضاء محكمة التمييز فلم يصدر عنها قرار يبين وجهة نظرها في هذه المسألة وان كان الراجح انها لا تعتبر في هذه المخالفة سببا للبطلان ، وذلك بالاستناد الى قرار صادر عن هذه المحكمة في احدى الدعاوى الحقوقية . حيث اكدت المحكمة ان هذا السهو لا يعيب الحكم ما دام القضاة الذي اصدروه معينين بمقتضى قانون استقلال القضاء [٧]

يتضح من خلال الاستعراض السابق لاحكام القضاء لدى محكمة التمييز واحكام النقض في مصر وسوريا وجود بعض التباين في الاجتهادات في حكم المسالة الواحدة ، ويبدو ان هذا الامر غير مبرر، وخاصة في ظل تشابه النصوص بين القانون الاردني القانون السوري هذا من جانب،

---

[١] تمييز جزاء ٦٢/٩٢، المبادىء القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية ، ج١ ، المرجع السابق ، ص ٧٨١

[٢] تميز جزاء ٦٦/١١٣ ، المبادئ القانونية ، المرجع السابق ، ص ٧٨٢

[٣] تميز جزاء ٥٢/ ٦٥ ، المبادئ القانونية المرجع السابق ، ص ٧٨١

[٤] تمييز جزاء ١٥/ ٦٥، المبادئ القانونية ، المرجع السابق ، ص ٧٨١

[٥] تمييز جزاء ٢٦/ ٦٧، المبادئ القانونية ، المرجع السابق ، ص ٧٨٢

[٦] تمييز جزاء ٧٢/٩، المبادئ القانونية ، المرجع السابق ، ص ٧٨٥، والى ذلك اشارت محكمة النقض السورية ، انظر نقض سوري ١٠٧٨ اساس ١٤٧، تاريخ ٢٠٠٠/١٠/٨ ، مجموعة احكام النقض المرجع السابق ، ص٣١١ قاعدة ١١٢٦، ونقض ٦٩٤٤ ،تاريخ ١٨/ ٢٠٠٠/١٦، المرجع السابق ، ص ٢٨١

[٧] تمييز حقوق ٨٥/٦٥٨، صدر بتاريخ ١٩٨٥/١١/١٠، مشار اليه لدى احمد المومني ، المرجع السابق ، ص ٥٥

اما فيما يتعلق بموقف محكمة التمييز بوجه عام ، يلحظ الدارس لاحكام هذه المحكمة، عدم ايلائها حقوق الدفاع العناية المطلوبة ، فهنالك تضييق من نطاق البطلان في بعض المواطن التي تحتاج الى توسيع والعكس صحيح ٠ ونجد كذلك عدم وضوح وتناقض في بعض الاجتهادات في حكم المسألة الواحدة ، واحيانا يصدر عن المحكمة قرارت متناقضة مع بعضها البعض ، وخلال نفس الفترة ، بسبب اختلاف الهيئات ، وابعد من ذلك نجد في بعض الحالات ورود اسم بعض القضاة في اكثر من هيئة صدر عنها قرارات تتناقض مع بعضها البعض ٠

بالرغم من ذلك نجد ان محكمة التمييز تميل الى توسيع نطاق البطلان في مرحلة المحاكمة بالمقارنة مع مرحلة التحقيق الابتدائي ٠

والامل معقود على هذه المحكمة ان تتطور في قضائها في ظل التعديلات التشريعية الكبيرة على قانون اصول المحاكمات الجزائية ، وادخال نظرية البطلان ، وزيادة النصوص التي تظهر ارادة المشرع بوضوح نحو ترتيب البطلان على هذه المخالفات ٠ فلم يعد تطبيق نظرية البطلان القانوني بشكل واسع في ظل هذه التعديلات يتمشى مع رغبة المشرع في ارساء اجتهادات جديدة تحفظ الصالح العام وتدافع عن حقوق وحريات الأفراد بقوة ٠

الخاتمة

اما وقد انتهيت ، بحمد الله وفضله ، من اتمام موضوعات هذه الدراسة التي حاولت -قدر الاستطاعة - الاحاطة بجوانبها المختلفة ، فانه لابد من القول بان الاهمية التي يحظى بها نظام البطلان يتطلب مزيدا من العناية به في جميع المجالات التشريعية والفقهية والقضائية.

والحقيقة ان التشريع مهما بلغ من تطور في تناول احكام البطلان ، ودقة في صياغة مسائله ، فانه يبقى حبرا على ورق ، ما لم يقترن بفهم وتصور واضح له من قبل القاضي ، وكل العاملين في مجال العدالة الجزائية . فالمشرع - أي مشرع - لا يستطيع أن يستشرف جميع الحالات التي يمكن تقرير البطلان جزاء لمخالفتها ، لذلك ، تبقى لفطنة القاضي وحصافته الدور الرئيس في ايجاد نظام فعال للبطلان .

والواقع ان أي نظام حديث للبطلان يجب أن يوازن ما بين الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد عن طريق تفعيل دور الجزاءات الإجرائية ، والتي يكون البطلان في مقدمتها ، وبين حق المجتمع في ايقاع العقاب على المتهم باقصى سرعة ممكنة ، دون أن يؤدي البطلان الى اطالة امد الدعوى أو تسويفها .

واود أن اسجل في هذه الخاتمة ما كنت قد تطرقت اليه وطالبت به في ثنايا هذه الدراسة من نتائج وتوجيهات آملا أن ترى طريقها الى النور في اقرب وقت . **ويمكن بيان هذه النتائج والمقترحات في البنود الاتية :**

اولا : بينت منذ البداية أن المقصود بمصطلح " المتهم " في هذه الدراسة هو ذلك المعنى الواسع لهذا المصطلح ، بحيث يشمل كل من اقيمت ضده دعوى الحق العام ، واتخذ بحقه أي اجراء من اجراءاتها ، وفي جميع مراحلها المختلفة .كما بينت أن الاخذ بمصطلح المتهم يمكن أن يغني عن تداول المصطلحات الاخرى الواردة في القانون ، كالظنين والمدعى عليه والمشتكى عليه . وهو ما أخذت به أغلب التشريعات الاجرائية الجزائية .

وتأسيسا على ما تقدم ، فانني اهيب بالمشرع توحيد المصطلحات السابقة بمصطلح " المتهم" لان اختلاف المصطلح لا يعطي دلالة خاصة ، طالما أن الشخص الذي اتخذ بحقه أي أجراء من اجراءات الدعوى يبقى خاضعا لارادة القضاء في جميع مراحل الدعوى . وحتى لا يفهم - من جهة اخرى - أن المشتكى عليه هو الشخص الذي لا يلاحق الا عن الجرائم التي يتوقف تحريكها على شكوى .

وأدعو المشرع للعودة الى الاخذ بما كانت تنص عليه المادة الرابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥١ الملغي بموجب القانون الحالي . والتي كانت تطلق لفظ المتهم على من تقام عليه دعوى الحق العام ، وبغض النظر عن نوع الجريمة المنسوبة اليه أو

المرحلة التي تكون عليها الدعوى ، ولا يمنع ذلك من تطلب صدور قرار اتهام من النائب العام اذا كانت الجريمة المرتكبة جنائية ، لان ذلك يشكل نوعا من الرقابة على اجراءات المدعي العام٠

ثانيا : تقتضي دراسة أي موضوع من موضوعات قانون اصول المحاكمات الجزائية أن تنطلق من نقطة البداية ، وهي القاعدة الإجرائية التي تشكل اللبنة الاساس لكل اجراء من اجراءات الدعوى ٠ ويترتب على ذلك ، ضرورة دراسة هذه القاعدة في اطار البطلان بوصفه يشكل أحد أهم الاجزية التي ترد على القاعدة الإجرائية ٠ والملاحظ أن اغلب الدراسات التي تعنى بهذا الموضوع قد خلت من دراسة القاعدة الإجرائية واكتفت بالاشارة الى نظرية العمل الاجرائي ٠

ثالثا : لقد آن الاوان لاجراء تعديل في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، يتم بمقتضاه الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، واسناد الاخيرة الى قاض للتحقيق ، نظرا لما بين السلطتين من تعارض ٠ واكرر دعوة في هذا المجال سبق وان ضمنتها رسالة الماجستير تدعو المشرع الى الاخذ بنظام قاضي التحقيق الذي عمل به لفترة قصيرة في ظل القانون السابق رقم ٧٦ لسنة ١٩٥١ ٠ وان الحجج التي قيلت في تسويغ الغائه لم تعد قائمة ، في ضوء توافر الاعداد الكبيرة من خريجي كليات الحقوق المؤهلين لمهمة القضاء ، كما أن زيادة الانفاق على مرفق مهم كمرفق القضاء له ما يبرره ٠

رابعا : واذا كانت غاية المشرع في القانون الجزائي بشقيه الموضوعي والشكلي ، هي تطبيق العقوبة بحق المذنب واعلان براءة من لم تثبت ادانته ، فان ذلك لا يمكن تحقيقه الا في ظل نظرية متكاملة للبطلان ، تقف سدا منيعا لكل تجاوز لارادة المشرع ، فتهدر قيمة كل عمل لم يكن موافقا للقانون ، وهي بمثابة مصفاة لا يخرج من خلالها الا كل عمل صحيح ٠

هذا فيما يتعلق بالاقتراحات العامة ، اما الاقتراحات الخاصة بالبطلان فيمكن بيانها على النحو الاتي :

أولا : ان أغلب التعريفات الفقهية ترى في البطلان جزاء يترتب على عدم مطابقة الإجراء لنموذجه المرسوم له قانونا ٠ والواقع ان التعريفات التي ترتكز في تعريف البطلان على الاثر المترتب عليه تتصف بعدم الدقة ٠وتعريفه بانه جزاء ، نهج غير سليم يتناول الإجراء الباطل في المرحلة التالية لاعتباره كذلك ، فعدم تحقيق الاثار اوسع من البطلان ، وقد يعود عدم تحقق الاثار الى سبب آخر غير البطلان ، لذلك فان افضل تعريف للبطلان هو ذلك التعريف الذي ينظر اليه من كونه وصفا للاجراء المعيب الذي لم تكتمل فيه كل أو بعض شروطه القانونية ، ويترتب عليه منع الإجراء المتصف بالبطلان من ترتيب آثاره ٠

وتأسيسا على ما تقدم ، نجد أن التعريف الامثل للبطلان ، يجب ان ينطوي على ضرورة الفصل بين مرحلتين : الاولى تتجسد بوصف الإجراء بانه باطل ، والمرحلة التالية تقوم على تحديد ما يوقع من جزاء نتيجة لتحقق هذا الوصف ٠

ثانيا : يتشابه البطلان مع انظمة اجرائية اخرى تنتمي الى نفس الطائفة من الجزاءات الإجرائية ، كالسقوط أو ما يطلق عيه المشرع الاردني " الرد " وعدم القبول والانعدام • وبالرغم من اوجه الشبه بين البطلان وهذه الجزاءات فانه يختلف عنها في كثير من الاوجه ، ويبقى هو النظام الاكثر أهمية وشيوعا من الناحية العملية • وقد تبين من خلال هذه الدراسة وجود خلط في احكام القضاء بين هذه الانظمة ، ربما يكون مرده الخلط الذي وقع فيه المشرع عندما كان يطلق احد هذه المصطلحات مكان الاخر ، واحيانا اخرى يجمع بين هذه المصطلحات عند مخالفة اجراء معين • وبالرغم من أن الانعدام هو احد عوارض الإجراء الجزائي ، وهو من الجزاءات المشابهة والقريبة للبطلان ، بل ان جانبا من الفقه يرى فيه درجة من درجاته ، ولا يقر بالتفرقة بينهما ، وخاصة البطلان المطلق ، حيث يغدو من الصعب الفصل بين مساحتي الجزاءين المذكورين ، فان لكل جزاء مناطه وخصوصيته • ولا بد من الاعتراف بوجود الانعدام لمعالجة حالات تقع من الناحية العملية ، ولا يكون حلها ميسرا الا بالقول بان الإجراء أو الحكم اصبح منعدما وليس باطلا •

ثالثا : تتفاوت التشريعات في موقفها من مذاهب البطلان ، فبعضها ياخذ بمذهب البطلان القانوني حيث لا يترتب البطلان الا اذا نص المشرع عليه ، وبعضها الاخر ياخذ بالبطلان الذاتي ، حيث يتقرر البطلان عند كل مخالفة لقاعدة جوهرية وان لم ينص المشرع على البطلان ، وتجمع غالبية التشريعات بين المذهبين • وينهج مشرعنا نهج التشريعات التي تاخذ بالمذهب المختلط ، وان بدى انحيازه الى نظرية البطلان الذاتي واضحا في ضوء حالات البطلان القانوني القليلة التي وردت في باب التحقيق الابتدائي • وهو ما بينه المشرع في المادة ١/٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية • [١]

وفيما يتعلق بالمادة السابعة من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي تم اضافتها الى نصوص القانون بموجب القانون المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ ، فانه يمكن ابداء الملاحظات التالية بشأن فقراتها الاربع، مع ايراد النصوص المقترحة :

الفقرة الاولى : ان الملاحظة الشكلية الهامة بشان المادة السابعة بجميع فقراتها هي ؛ عدم وضع هذه المادة في مكانها المناسب ضمن نصوص القانون ، فقد وردت تحت باب لا يمت اليها بصلة مباشرة ، وهو جزء مخصص لاعمال الضابطة العدلية • والواقع ان حشوها ضمن هذا الباب لا يتفق وفن الصياغة التشريعية ، باعتبارها نظرية عامة تعنى بجميع اجراءات القانون ، وندعو

---

[١] تقابل الفقرة الاولى من المادة السابقة المادة ٣٢٠ من مشروع قانون الإجراءات الجنائية المصري • كما تقابل المادة٢٢ من قانون المرافعات المصري ، وتشابه المادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني مع اخذ الاخير بمعيار الضرر في التفريق بين الإجراء الجوهري من غير الجوهري •

المشرع الى افراد فصل خاص بها ، وليكن في باب متاخر طالما أن هذه النظرية تهم اجراءات الدعوى في جميع مراحلها .

والملاحظة الثانية على نص هذه الفقرة ، ما جاء فيها من أن الإجراء يكون باطلا اذا نص المشرع صراحة على بطلانه . والواقع انه من المتفق عليه فقها وقضاء أنه لا يشترط في تقرير البطلان النص عليه صراحة ، فقد تكون عبارة المشرع الناهية أو الامرة دليلا واضحا على أن ارادة المشرع قد اتجهت نحو تقرير البطلان على هذه المخالفة .

ولعل الملاحظة الاهم ، هي تلك المتعلقة بمضمون الفقرة ذاتها ، فالاجراء يكون باطلا اذا نص المشرع صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، والواقع من الامر ، أن القاعدة الإجرائية هي التي توصف بالجوهرية أو غير الجوهرية ، وليس الإجراء ، والذي يعتبر وسيلة لتنفيذها . هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، وبالرغم من الاهمية التي يحظى بها معيار الغاية في مجال التفريق بين القاعدة الجوهرية من غير الجوهرية ، فانه يبقى معيارا غامضا وناقصا ، وغير مألوف في اطار الإجراءات الجزائية ، لذلك من الافضل عدم الاخذ به بصورة منفردة ، وان يضاف اليه معيار المصلحة العامة وحقوق الدفاع ، ذلك أن الغاية من الإجراء قد تتحقق دون احترام لحقوق الأفراد أو مراعاة للمصلحة العامة ، عندها يجب الحكم بالبطلان . وعلى أية حال فانني اقترح نصا بديلا هو الآتي " **يكون الإجراء باطلا اذا نص المشرع على بطلانه أو خالف قاعدة جوهرية .**

ومع ذلك ، يكون الإجراء صحيحا اذا تحققت الغاية منه وروعيت فيه المصلحة العامة وحقوق الدفاع"

الفقرة الثانية : اما فيما يتعلق بالفقرة الثانية من هذه المادة ، فمن الواضح أن مشرعنا قد حذا حذو التشريعات المقارنة ، عندما نص على بعض الحالات المتعلقة بالنظام العام ، كالبطلان المتعلق بتشكيل المحكمة أو ولايتها للحكم أو باختصاصها النوعي ، وبين أن هذه الحالات قد وردت على سبيل المثال لا الحصر ، وذلك بدليل قوله ، بعد تعداد هذه الحالات " أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام "

والواقع أن هذا النص - وبهذه الصيغة - قد يفهم منه أن قواعد الاختصاص الوظيفي والنوعي فقط هي تلك المتعلقة بالنظام العام دون الاختصاص المكاني ، وهذا بخلاف ما استقرت عليه أحكام المحاكم في الاردن ومصر واغلبية الدول المقارنة . وخوفا من الوقوع في اللبس يستحسن اضافة الاختصاص المكاني الى هذه الحالات .

الفقرة الثالثة : أقترح وضع عبارة " يسقط الحق بالتمسك بالبطلان " في بداية الفقرة الثالثة ، لان البطلان لا يزول وانما يسقط الحق بالتمسك به اذا تنازل عنه من شرع لمصلحته . فالاجراء لا يبرأ من عيبه وينقلب صحيحا ، لان الحكم على الإجراء بالصحة أو البطلان يكون وقت مباشرته

فان اعيا المشرع تغير الواقع فلا يعييه تغير الاحكام ، وذلك يمنع ترتيب احكام البطلان رغم قيامها لمانع يراه اولى بالاتباع .

وتوهم عبارة النص أن البطلان يزول بالتنازل عنه ، والصحيح انه لا يزول لانه امر واقع ، وانما الذي يزول أو يسقط هو الحق في التمسك به ، فالنزول لا يكون الا عن حق ، والبطلان ليس حقا ، بل هو عيب ، والخصم لا ينزل عن نفس العيب ، بل عن حقه في التمسك أو بالدفع بالعيب .

الفقرة الرابعة : لم يبين المشرع موقفه في الفقرة الرابعة - والمتعلقة بانتقال البطلان من الإجراء الباطل الى الإجراءات السابقة واللاحقة - من الإجراء المعاصر للاجراء الباطل ، واقترح أن تضاف عبارة ، ينتقل بمقتضاها البطلان من الإجراء الباطل الى الإجراء المعاصر اذا كان مرتبطا به ارتباطا لا يقبل التجزئة .

رابعا : اما في مجال النصوص الاضافية ، فانه لا بد من اضافة نص يقضي بسقوط الحق في التمسك بالبطلان في الحالة التي يتسبب فيها الشخص بالعيب الذي لحق الإجراء . فاذا سلك شخص مسلكا افضى الى بطلان اجراء ما ، فليس له أن يستفيد من هذا البطلان ، بل ، يسري الإجراء في حقه كما لو كان صحيحا ويحرم عليه التمسك بالبطلان . والنص المقترح هو " لا يجوز التمسك بالبطلان لمن تسبب فيه ، وذلك فيما عدا الحالات المتعلقة بالنظام العام "

من جهة اخرى هنالك ،حالات لا تستدعي مخالفتها ترتيب البطلان ، ويتأرجح موقف القضاء بشأنها بين تقرير البطلان من عدمه . وحسما لكل خلاف تقوم بعض التشريعات المقارنة كاللبناني والمصري ، بالنص صراحة على أن هذه المخالفة لا ترتب البطلان . وقد خلى التشريع الاردني من مثل هذه الحالات . واقترح أن يتضمن القانون الاردني نصوصا مشابهة ، لما تحققه من فوائد عملية لهذه النصوص ، وحتى يقطع الشك باليقين ، ولا يبقى هنالك مجال للاجتهاد .

وفي مجال النصوص الاضافية ، فانني اقترح نصا يوجب على المحكمة اعادة الاجراء الباطل او تصحيحه كلما كان ذلك ممكنا ولازما ، فقد خلت المادة السابعة من هذه الاحكام ، وان ما ورد في المادة ٢٧٤ من الاشارة الى التصحيح لا يكفي في ضوء التوجه نحو التقليل من آثار البطلان .

والنص المقترح هو " **يصحح الاجراء الجزائي الباطل كلما كان ذلك ممكنا ولازما ، ولا يعتد بالاجراء الا من تاريخ تصحيحه** "

وفي سبيل التقليل من آثار البطلان ، للمشرع أن ينص على تحول بعض الإجراءات الباطلة الى اجراءات استدلالية ، وخاصة في مجال اجراءات التحقيق الابتدائي .فالتفتيش الباطل -مثلا- يمكن الاخذ ببعض الاثار المترتبة عليه بصفة استدلالية لمصلحة التحقيق .

وحسما لاي اجتهاد متناقض ، أقترح النص صراحة على أن الإجراء الذي يترتب على مخالفته انزال جزاء معين بمرتكبه ، سواء أكان تاديبيا ام جزائيا ، يترتب عليه البطلان ، فليس اظهر من بطلان عمل كان وليد جريمة .

خامسا : تقضي حسن السياسة التشريعية أن يتم توحيد النصوص المشابهة التي تقرر البطلان بنص واحد ، ولا داعي للتكرار . فمثلا أن يتم النص على بطلان الإجراء المخالف لمبدأ العلنية أو الشفوية ، أو صيغة اليمين التي يجب على الشاهد أن يحلفها . فمن المآخذ على المشرع اللبناني – مثلا – انه كان يكرر النص على بطلان القواعد المتشابهة في كل باب ومرحلة من مراحل الدعوى . واقترح كذلك التوسع في الدفوع الواردة في المادة ٦٧ من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، لتشمل باقي اجراءات الدعوى ، وخاصة تلك المتعلقة بالنظام العام .

سادسا : وجوب التفريق بين بطلان الحكم وبطلان الإجراءات السابقة عليه ، فلا بد من وجود جهة تقرر بطلان اجراءات التحقيق الابتدائي قبل رفع الامر الى المحكمة ، ولا يتم ذلك الا عن طريق جعل التحقيق الابتدائي على مرحلتين . ويمكن اسناد هذه المهمة في المرحلة الاولى الى النائب العام بتوسيع صلاحياته باعتباره الجهة العليا التي تراقب اعمال المدعي العام .

من جهة أخرى ، تقتضي الحاجة ضرورة وجود ملفين للتحقيق ، بحيث يمكن سحب الإجراء الباطل ماديا من ملف التحقيق المعتمد لدى المدعي العام ، ولكي لا يتأثر به عند وجوده في ملف الدعوى ، وكما هو معمول به في النظام الفرنسي .

سابعا : وبالرجوع الى أحكام البطلان القانوني وتحديدا الى نص المادتين (١٠٠) و(٦٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، نجد أن المشرع في هاتين المادتين قد زاد في حرصه بشأن ضمانات الدفاع ، عندما رتب البطلان على مخالفات ليست جوهرية ، وتواضع القضاء لدينا منذ عدة عقود على أن مثل هذه المخالفات لا ترتب البطلان . وفي ضوء ذلك نتساءل عن دور القاضي اذا تبين له خلو المحضر من أي بيان من البيانات الواردة في هاتين المادتين ، وخاصة تلك البيانات غير الجوهرية . مثل خلو محضر الاستجواب من توقيع الكاتب ، أو خلو محضر القبض من اسم الموظف الذي امر بالقبض اذا كان معلوما من اوراق واجراءات الدعوى الاخرى كامر الانتداب ، أو خلو المحضر من ذكر مكان القبض . وهل يستطيع القاضي عدم تقرير البطلان في ضوء وضوح النص وصراحته على البطلان ؟ كان من الافضل ترك مخالفة بعض البيانات الى سلطة القاضي ليقدر اهمية تلك المخالفة . والواقع انه حتى اعداد هذه الخاتمة لم اعثر على قرار جديد لمحكمة التمييز تبين فيه رأيها من مخالفة الإجراءات للبيانات الواردة في المادتين ١٠٠و٦٣ حتى نستطيع معرفة راي القضاء في هذه المسألة ، واعتقد أن المشرع سيعود في وقت قريب الى اعادة صياغة هاتين المادتين بصورة تخفف من غلواء البطلان فيهما .

والاصل في هذه الحالة ، والحالات المشابهة ، أن يتتبع المشرع تطور نظرة القضاء الى حالات البطلان عند تقريره للبطلان القانوني ، بحيث لا تأتي النصوص مخالفة لما استقر عليه الاجتهاد القضائي لسنوات عديدة ، وحتى لا يصبح البطلان أمرا معيقا لاجراءات الدعوى وفعاليتها وسببا في اطالة أمدها دون مقتض .

ثامنا : واذا كانت نظرية البطلان في الاساس من عمل القضاء ، فهل ساهم القضاء الاردني في ارساء معالم واضحة لنظرية البطلان ؟ يبدو أن قضاءنا قد مر بفترات متفاوته تضاربت خلالها احكامه ، ولم تُظهر توجها واضحا نحو البطلان ومسائله المختلفة . وقد حاولت محكمة التمييز في الكثير من أحكامها – وحتى تكفي نفسها مؤنة البحث في اسباب بطلان الإجراءات المختلفة – القول بعدم توافر البطلان لعدم النص عليه من قبل المشرع ، مع العلم أن المشرع لم ينص على حالات البطلان الا في حالة أو حالتين – قبل التعديل – وبالتالي فان الاعتماد على هذه الحجة يؤدي عمليا الى عدم تفعيل نظام البطلان باعتباره رقيبا على الإجراءات المعيبة وخاصة الجوهرية أو الاساسية منها .

لقد بقيت الاحكام الحديثة للقضاء تأخذ نفس المنحى السابق ، من حيث الاحتجاج بعدم وجود " النص " لتقرير البطلان ، وان ظهر في قرارات حديثة توجه نحو التوسع في حالات البطلان الذاتي .

وفيما يتعلق بموقف محكمة التمييز من معيار التفرقة بين البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ، فالملاحظ أن أحكامها قد خلت –باستثناء حالات قليلة – من مصطلح البطلان المتعلق بالنظام العام ، واكتفت عند تقريرها البطلان بالقول ان الإجراء الذي تمت مخالفته هو اجراء جوهري ..

وفي اطار المعايير التي تفرق بين الإجراء الجوهري من الإجراء غير الجوهري ، فقد ورد عن محكمة التمييز معيار غير مألوف في الفقه أو القضاء المقارن ، وهو معيار واجبات المحكمة . فاذا توصلت المحكمة الى أن الإجراء الذي تمت مخالفته من الإجراءات المنوط بمحكمة الموضوع القيام به ، كان الإجراء جوهريا وترتب على مخالفته البطلان .

كما ورد عن المحكمة بعض القرارت الحديثة التي تاخذ بها بنظرية "لا بطلان بدون ضرر " ومثل هذا الموقف منتقد طالما أن المشرع لم يتبن هذه النظرية التي تكون اكثر ملاءمة في مجال اصول المحاكمات المدنية .

تاسعا : لقد تضمنت هذه الدراسة بيانا لمواقف المحاكم الاستثنائية من مسائل البطلان ، وفي مقدمتها محكمة أمن الدولة ومحكمة الاستئناف العسكرية التي تم انشاؤها حديثا .

عاشرا : والملاحظة الاخيرة على احكام القضاء انه توسع في حالات البطلان في مرحلة المحاكمة مقارنة مع مرحلة التحقيق الابتدائي . وربما يعود ذلك الى النظر للمرحلة الاخيرة

بانها ليست مرحلة نهائية ، ولا بد من عرض الإجراءات وادلة الدعوى على المحكمة لتقول كلمتها بشانها .

واخيرا ، وفي الختام فانني آمل أن أكون بهذا الجهد قد أضفت شيئا الى المكتبة القانونية ، ليستفيد منه كافة المشتغلين بالقانون ، فان قصرت ، فحسبي أنني بذلت غاية جهدي وطاقتي .

والله ولي التوفيق.

قائمة المراجع

اولا : المؤلفات

١- د٠**أحمد ابو الوفا** ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، منشأة دار المعارف ، ط٥ ، ١٩٨٥

٢- د٠**أحمد سعيد المومني** ، الحكم ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، ط١٩٩٠

٣- د٠**أحمد عوض بلال** ، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الاجرائي في المملكة العربية السعودية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠

٤- د٠**أحمد فتحي سرور** ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان ، دار النهضة العربية ، ط١٩٩٥

- الشرعية والاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧
- القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، ط٢ ، ٢٠٠٢
- النقض في المواد الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥
- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط٤ ،١٩٨٨
- نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٩

٥- د٠ **أحمد هندي** ، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ، محاولة للحد من البطلان من خلال تقيد التمسك به ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٩

- قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ج٢ ، ١٩٩٥

٦- د٠**ادوار غالي الذهبي** ، الإجراءات الجنائية في التشريع الجنائي المصري ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٠

- شرح تعديلات قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٨ ، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٩
- مجموعة بحوث قانونية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨

٧- د٠ **آمال عثمان** ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ١٩٨٨

٨- د٠**محمد ابراهيم زيد ود٠عبد الفتاح الصيفي** ، قانون الإجراءات الجنائية الايطالي الجديد ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠

٩- د٠**توفيق الشاوي** ، فقه الإجراءات الجنائية ، ط ١٩٥٣

١٠- د٠**توفيق فرج الصدة** ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، ط١ ، ١٩٧٨

١١- د٠**جلال ثروت** ، نظم الإجراءات الجنائية ، ط١٩٩٧ ٠

١٢- د٠**جميل الشرقاوي** ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩

١٣- **جندي عبد الملك** ، الموسوعة الجنائية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ج٢

١٤- د٠**جودة حسين جهاد** ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الامارات العربية المتحدة ، ج٢ ، ط١ ، ١٩٩٤

١٥- د٠**حامد سلطان** ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣

١٦- د٠**حسن المرصفاوي** ، المرصفاوي في اصول الإجراءات الجنائية ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٦

- المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية مع تطوراته التشريعية ومذكراته الايضاحية واحكام النقض في خمسين عاما ، منشاة دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨١

١٧- د٠**حسن جوخدار** ، اصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة ، ط٤ ، ١٩٩٠

- شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، الاجزاء الاربعة ، ط١ ، ١٩٩٣

١٨- **حسن يوسف مقابلة** ، الشرعية في الإجراءات الجزائية ، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط١ ، ٢٠٠٣

١٩- د٠**خيري احمد الكباش** ، الحماية الجنائية لحقوق الانسان ، دراسة مقارنة ، ط٢٠٠٢

٢٠- د٠**رؤوف عبيد** ، المشكلات العلمية ،دار الفكر العربي ، ١٩٦٣

- ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية ، دار الفكر العربي ، ط٣ ، ١٩٨٦

- مبادئ الإجراءات الجنائية ، دار الجيل للطباعة ، ط١٦ ، ١٩٨٥

٢١- د٠**رمسيس بهنام** ، الإجراءات الجنائية تاصيلا وتحليلا ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٤

٢٢- د٠**سامي الحسيني** ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢

٢٣- د٠**سليمان عبد المنعم** ، بطلان الإجراء الجنائي ، محاولة تاصيل البطلان في ظل قضاء النقض في مصر ولبنان وفرنسا ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٣

- اصول الإجراءات الجزائية في التشريعات والقضاء والفقه ، مجلد المؤسسة الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٧

٢٤- د٠**شهاد البرشاوي** ، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعملية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٢

٢٥- د٠**صلاح الدين جمال الدين** ، بطلان القبض ، ١٩٩٧

٢٦- د٠**عادل يحيى قرني** ، النظرية العامة للاهلية الجنائية ، دراسة مقارنة ، النهضة العربية ، ٢٠٠٠

٢٧- د٠**عاطف النقيب** ، اصول المحاكمات الجزائية ، دراسة مقارنة ، طبعة جديدة ومنقحة ، دار المنشورات الحقوقية ، ط١ ، ١٩٩٨

٢٨- **عبد الحكم سيد سالمان** ، اعتراف المتهم ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٣

٢٩- د٠**عبد الحكم فودة** ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٣

- البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩١

٣٠- د٠**عبد الحميد الشواربي** ، البطلان الجنائي ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية

- المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٧

- ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ط١٩٩٢

٣١- د٠**عبد الرؤوف مهدي** ، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية ، ج١ ، ١٩٩٥

٣٢- د٠**عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ط١٩٨١

٣٣- د٠**عبد الفتاح الصيفي** ، النظرية العامة في القاعدة الإجرائية ، دار الاحد (البحيري اخوان) ، جامعة بيروت العربية ، ١٩٧٤

- تأصيل الاجراءات الجنائية ، ط٢٠٠٢

٣٤- د٠**عبد الفتاح مراد** ، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية المعدل ، د٠ط

٣٥- د٠**عبد الوهاب حومد** ، اصول المحاكمات الجزائية نظريا وعمليا ، مطبعة دمشق ط٣ ١٩٥٧،

٣٦- د٠**عدلي خليل** ، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية ، دار الكتب القانونية ، ط١ ، ١٩٩٧

٣٧- د٠**عفيف شمس الدين** ، اصول المحاكمات الجزائية ، بيروت ، ط٢٠٠١

٣٨- د٠**علي جعفر** ، مبادئ المحاكمات الجزائية ، مؤسسة المجد ، ١٩٩٤

٣٩- د٠**علي زكي العرابي** ، المبادئ الاساسية في الإجراءات الجنائية ، ج١ ، ١٩٥١

٤٠- د٠**علي عبد القادر القهوجي** ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، الكتاب الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٢٠٠٢

٤١- د٠**عماد محمد ربيع** ، حجية الشهادة في الاثبات الجنائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٩٩

٤٢- د٠**عمر الحسيني** ، احكام وضوابط الاستيقاف في القضاء والفقه والتشريع في مصر والكويت ، ط١٩٩٥

٤٣- د٠**عمر السعيد رمضان** ، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧

٤٤- د٠**عمر عيسى الفقي** ، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية ، المكتب الفني للاصدارات القانونية ، ١٩٩٠

٤٥- د٠**عوض الزعبي** ، اصول المحاكمات المدنية ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر ، ط١ ، ٢٠٠٣

٤٦- د٠**عوض محمد** ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ط١ ١٩٩٩

٤٧- د٠**غنام غنام** ، نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية ، لجنة التأليف والتعريب والنشر ١٩٩٩

٤٨- **فاروق الكيلاني** ، محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، مكتبة النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨١

٤٩- د٠**فايز الايعالي** ، قواعد الإجراءات الجزائية أو اصول المحاكمات الجزائية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ط١ ، ١٩٩٤

٥٠- د٠**فوزية عبد الستار** ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني ، دار الفقه العربية ، ١٩٧٥

- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦

٥١- د٠**كامل السعيد** ، دراسات جنائية معمقة ، د٠ث٠د٠ط

- شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات الاردني ، ١٩٩٨

- شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، نظريتا الاحكام وطرق الطعن فيها ، دراسة تحليلية تاصيلية في القوانين الاردنية والمصرية والسورية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار الدولية العلمية ، ط١ ، ٢٠٠١

٥٢- د٠**لؤي حدادين** ، نظرية البطلان في قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١ ، ٢٠٠٠

٥٣- **لسان العرب لابن منظور** ، دار صادر بيروت ، مجلد ١١

٥٤- د٠**مامون سلامة** ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢

٥٥- د٠**محمد ابراهيم زيد** ، تنظيم الإجراءات الجزائية ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الامنية والتدريب بالرياض ، ١٩٩٠ ٠

- السمات الاساسية لقانون الإجراءات الجنائية الايطالي الجديد ، المائدة المستديرة الاتجاهات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الايطالي الجديد ، مجموعة دراسات في قانون الإجراءات الجنائية وحقوق الانسان ، النظم القانونية العربية وحماية حقوق الانسان ، د٠محمود شريف بسيوني ، د٠عبد العظيم الوزير ، دار العلم للملاين ، ط١ ١٩٩١

٥٦- **د٠محمد ابو العلا عقيده** ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط١٩٩٨

٥٧- **د٠محمد اسماعيل** ، الحبس الاحتياطي ، دراسة مقارنة ، عالم الكتب ، ط٢ ، ١٩٨٣

٥٨- **د٠محمد الالفي** ، الدفع بالسقوط في قانون الإجراءات الجنائية وفقا لقضاء محكمة النقض ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ط١ ، ١٩٩٧

٦٠- **د٠محمد الجبور** ، استعانة المتهم بمحام ، شركة مطابع الحظ ، ط١ ، ٢٠٠٢

- الاختصاص القضائي لمامور الضبط ، دراسة مقارنة ، الدار العربية للموسوعات ، ط١ ، ١٩٨٦

٦١- **د٠محمد الفاضل** ، قضاء التحقيق ، مطبعة دمشق ، لسنة ١٩٦٩

٦٢- **د٠محمد زكي ابو عامر** ، الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤

- شائبة الخطأ ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥

٦٣- **د٠محمد سعيد نمور** ، دراسات في فقه القانون الجنائي ، الخطورة الاجرامية ، ط٢٠٠٤

٦٤- **د٠محمد صبحي نجم** ، قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١ ، احكام مضمونة وتطبيقه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ط١ ، ٢٠٠٠

٦٥- **د٠محمد علي سالم الحلبي** ، الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١٩٩٦

٦٦- **د٠محمد عيد الغريب** ، المركز القانوني للنيابة العامة ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩

٦٧- **د٠محمد كامل ابراهيم** ، احكام الدفع بالبطلان امام القضاء الجنائي ، الدار البيضاء للطباعة والنشر ، ط١ ، ١٩٩١ - ١٩٩٢

٦٨- **د٠محمد مصطفى القللي** ، اصول تحقيق الجنايات ، ط١٩٤٢

٦٩- **د٠محمد ممدوح البحر** ، مبادئ قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ، دار الثقافة ، عمان ، ط١٩٩٨

٧٠- **د٠ محمود شريف بسيوني و د٠ عبد العظيم وزير** ، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحقوق الانسان ، دار العلم للملايين ، ط١ ، ١٩٩١

٧١- د٠**محمود كبيش** ، الاشكالات في تنفيذ الاحكام الجنائية ، دار الفكر العربي ، ط١ ، ١٩٩٠
٧٢- د٠**محمود محمود مصطفى** ، تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ط٢ ،
٧٣- د٠**محمود نجيب حسني** ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٩٨
٧٤- د٠**مدحت الحسيني** ، البطلان في المواد الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٣
٧٥- د٠**مصطفى العوجي** ، حقوق الانسان في الدعوى الجزائية ، مؤسسة نوفل ،بيروت ،ط١
٧٦- د٠**مفلح القضاة** ، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط٣ ، ١٩٩٨
٧٧- د٠**نائل عبد الرحمن** ، التوقيف المؤقت والرقابة القضائية ، منشورات الجامعة الاردنية ، ١٩٨٥
- محاضرات في اصول المحاكمات الجزائية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان
٧٨- د٠**نبيل اسماعيل عمر** ، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات واثاره الإجرائية والموضوعية ، منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ط١٩٩٤
- عدم فعالية الإجراءات الجزائية ، منشأة دار المعاف بالاسكندرية
٧٩- د٠**نظام المجالي** ، قواعد حضور المتهم لاجراءات المحاكمة واثر تغيبه على الاحكام الجزائية ، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراة في جامعة عمان العربية
٨٠- د٠**هلالي عبد اللاه** ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٩
- النظرية العامة للاثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٧٨
٨١- د٠**وجدي راغب** ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ٢٠٠١
- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة دار المعارف ، ١٩٧٤

ثانيا : الرسائل

١- **د٠ ابراهيم القماز** ، الشهادة كدليل في اثبات المواد الجنائية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٠

٢- **أحمد موسى الهياجنة** ، اسباب بطلان التفتيش القضائي واثاره القانونية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية ، كلية الحقوق ، ١٩٩٨

٣- **اسامة محمد** ، ضمانات المتهم في مرحلتي الاستدلال والتحقيق ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية ، ١٩٩٧

٤- **د٠حاتم حسن موسى البكار** ، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة ، رسالة دكتوراة مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٩٦

٥- **د٠حسن المرصفاوي** ، الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤

٦- **د٠حسن علي السمني** ، شرعية الادلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٣

٧- **سميح عبد القادر المجالي** ، قرار منع المحاكمة ، رسالة ماجستير ، جامعة آل البيت لسنة ٢٠٠٠

٨- **علي حسن الطوالبة** ، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت ، رسالة دكتوراه ، جامعة عمان العربية ، ٢٠٠٣

٩-د٠ **محمد علي الحلبي** ، ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٠

١٠- **د٠عبد الاله النوايسة** ، ضمانات المتهم في التحقيق الابتدائي ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٠

١١- **د٠عبد الستار الكبيسي** ،ضمانات المتهم قبل واثناء المحاكمة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١

١٢- **د٠فتحي والي** ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراة ، قام بتحديثها د٠ احمد ماهر زغلول ، ١٩٩٧

١٣- **د٠محمد سامي النبراوي** ، استجواب المتهم ، رسالة دكتوراة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ -١٩٦٩

ثالثا : المقالات والابحاث

١- د٠احمد فتحي سرور ، اثر التفتيش الباطل ، المجلة الجنائية القومية ، ١٩٦٢

٢- د٠ احمد فتحي سرور ، الحكم الجنائي المنعدم ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٦٠

٣- د٠توفيق الشاوي ، البطلان المطلق والبطلان النسبي ، المحاماة ، ١٩٦٧ ، العدد٨

٤- د٠توفيق الشاوي ، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب والاكراه الواقع على المتهم ، مجلة القانون والاقتصاد لسنة ١٩٥١ ، عدد٢١

٥- د٠ سامي الحسيني ، معيار الصلة بين الإجراء الباطل والاجراء اللاحق ، المجلة العربية لعلوم الشرطة ، العدد ٦٠

٦- فياض عبيد ، الحكم الباطل والحكم المنعدم ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الاول ، لسنة ١٣ ، ١٩٦٩

٧- د٠ معتصم مشعشع ، استعانة المشتكى عليه بمحام خلال الاستجواب في مرحلة التحقيق الابتدائي ، مجلة دراسات ، مجلد ٢٩ ، عدد٢١ ، لسنة ١٩٩٩

٨- د٠ معتصم مشعشع ، بطلان الإجراءات الجزائية ، مجلة دراسات ، الجامعة الاردنية ، مجلد ٢٦ ، العدد الثاني ، ١٩٩٩

٩- د٠معتصم مشعشع ، بطلان الإجراءات الجزائية في اجتهاد محكمة التمييز الاردنية ، مجلة المنارة ، جامعة آل البيت ، العدد الثالث ، لسنة ٢٠٠١

١٠- د٠ نائل عبد الرحمن ، دور النيابة العامة في وزن البينات ، مجلة دراسات ، الجامعة الاردنية ، مجلد ٢٧ ، عدد١٠ ، لسنة٢٠٠٠

١٢- د٠ نظام المجالي ، الضوابط القانونية لشرعية التوقيف ، دراسة في التشريع الجزائي الاردني ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، مجلد ٥، عدد٢ ، ١٩٩٠

رابعا : مجموعات أحكام القضاء والمجلات

١-ابراهيم ابو رحمة ورفقاه ، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية المنشورة في مجلة نقابة المحامين ، منذ عام ١٩٩٣ ، وحتى نهاية عام ، ١٩٩٧ ، مطبعة التوفيق ، نقابة المحامين ، عمان ٠

٢- محمود يوسف خلاد ، مجموعة الاحكام الجزائية لمحكمة التمييز الاردنية في القضايا الجزائية من بداية عام ١٩٨٨ وحتى عام ١٩٩٦ ، وكالة التوزيع الاردني ، عمان

٣- جمال مدغمش ، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاردنية في القضايا الجزائية ، منذ بداية عام ١٩٨٨حتى نهاية عام ١٩٩٣، المكتبة المركزية في عمان ٠

٤-**ياسين الدركزلي** ، المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية خلال ثلاثين عاما ، ١٩٤٩ -١٩٨٠ ، ج٤ ، ط١ ١٩٨٢

٥- **سعيد احمد شعلة** ، قضاء النقض المدني والجنائي في البطلان خلال اثنين وستين عاما ، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية ، ١٩٣١ - ١٩٩٢

٦- **سعيد الفكهاني ورفقاه** ، الموسوعة الجنائية الاردنية ، ج١ ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ١٩٧٨

٧- **عبد القادر جارالله الالوسي** ، مجموعة احكام النقض في قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري من عام ١٩٨٨ - ٢٠٠١م ، ج٣ ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، المكتب القانوني

٨- مجلة نقابة المحامين ، الصادرة عن نقابة المحامين ، عمان

٩- المجلة القضائية ، الصادرة عن المعهد القضائي الاردني

١٠- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية

١١- مجلة دراسات ، الصادرة عن الجامعة الاردنية

١٢ - مجلة المنارة ، الصادرة عن جامعة آل البيت

١٣ - مجلة مؤته للبحوث والدراسات ، الصادرة عن جامعة مؤته

١٤ - المجلة الجنائية القومية

١٥ -مجلة العلوم القانونية والاقتصادية

١٦ -مجلة المحاماة

خامسا: المراجع باللغات الاجنبية

١- Grispigni , Dirritto processuale peanale ,Roma ١٩٤٦
٢- Forsali ,sistema penule itahiana ,١٩٥٨
٣- Chiovenda , Isituzion di dirritto processuall civil ,١٩٣٦
٤- Leone ,(Giovanni) Trattato di dirritto processuale penale
٥- G٠Stefani et G٠ Levasseur Bouloc procedure penale ed précis ١٦ ed Dalloz Paris ,١٩٩٦
٦- S٠Dando , Japanese criminal procedure ,(Translated by B ٠J George) Fred B٠Rothman and co٠ Soyth Hackensack ,N ٠T ,١٩٦٠
٧- Merel et Vitu , Trite de droit criminal ,procedure ,penale , CUGAS
٨- Garraud ,Traite theorigue et pratique dinstrution crimielle et de procedure penale , ١٩٠٧
٩- v٠J ٠ Pradel , procedure ,penal , CUJAS , ١٩٩٣
١٠- Pescatore (Pierre) Introduction A, LA , seience , du ,droit , PARIS ,١٩٦٠
١١- Bore ,J٠ ,La casation en matiree penale
١٢- Chambon , les nullite , s substantielles ont elles leur place dans listruction preparatonre J٠ C ٠P ١٩٥٤
١٣- Dessaigne , sanction de la loi sur la reforme instructions criminelles
١٤- Bouzat et pinatel ,traite de droit penal et de criminology ,PARIS ,١٩٧٠
١٥- Jeandiditi et Belot , les grands dection de la Jurisprudence , penal
١٦- Pannain (Remo) : le sanzioni degli atti processuali penali
١٧- Manzini v : Trattato dir proc٠ pen٠ vol III ١٩٥٢
١٨- Waline :Droit administif ,١٩٥٧
١٩- De Bie ville (Marc) : Les nullities des actes de procedure en matiere civile theese,١٩٤٤
٢٠- Andrews "Invoiunrary confessions and illegally obtained evedencce criminal cases crhme lawrey ,١٩٦٣
٢١ – Bouloc (B) L,acte dinstrution Paris , ١٩٦٥

Abstract

THE IMPACT OF THE NULLIFIED CRIMINAL PROCEDURE ON THE ACCUSED LEGAL STATUS

(Comparative Study)

Prepared By

Sameeh Al - Majali

Supervised By

Dr . Muhammud Namoor

In this study , the researcher discussed the role of the procedure in the claim two stages and its effect on the accused legal status.

The researcher tried to answer questions constituting the study's main axis, through employing the various chapters of this research in this task. One of the topics was whether there is success in the new orientation by the Jordanian legislator and his position in regard to the amendment cancellation made according to the amended law No. 16 in the year 2001.

This thesis, included three sections preceded by an introductory inlet . The latter included two issues. The 1st one was about the penal base as considered the basis of the various penal procedures, and the 2nd was to declare the accused legal status.

The first section entitled "Origin of cancelled penal procedure", was divided into three chapters, the first dealt with "cancelled penal procedure", the second was about divisions of this procedure and the third dealt with cancellation of penal procedures in some comparative legislations.

From this study I concluded the best definition of cancellation as follows, "A description of a situation characterized by the default penal procedure leading to not excute this procedure due to its legal effects".

In this part I talked about the main penalities facing the penal procedure, such as cancellation and non acceptance of the procedure, indicating the characteristics unique to cancellation, as being the most important penalty and most prominent practically.

With regard to invalidity status, I indicated the extent of success of these legislations, combining both legal and subtantive nullity, as an attitude adopted by the Jordanian legislator in article "7" of penal procedures.

In fact, the Jordanian legislator and justice differed as the stage studied varied, divided into pre-amendment stage according to amended law No. 16 for the year 2001 and the post-amended stage.

In general, the legislator and jurisdiction status was not accurate, as there is confusion in texts and difference in judicial judgment in regard to an issue.

In the third part I talked about the status of comparative legislations in regard to the various questions cancellation. As examples I chose the Egyptian and Lebanese legislations as well as French and Italian Legislations.

The second section entitled "The rules regulating the cancelled penal procedure" into two chapters, one of them about the procedures components and the other is its limitations.

In the characteristics of "cancelled procedures" I talked about the subjective reasons and elements, which means a default in one or all of them and deficiency in the procedure's elements, thus canceling it. studying the formal elements, I explained the meaning of forms, how to distinguish between fundamental and non fundamental forms, I explained the characteristics of them both.

In the second part, "The limitations of cancelled penal procedure" I explained the meaning of how to attach to cancellation, its rules and conditions, the cancellation effects on the penal procedure itself and on the previous and later procedure, in addition to a research of two subjects connected to effects, which are the transformation of

cancelled penal procedure and renewal of this procedure. In the last part of this chapter, "The framework of cancellation context according to the modern theory" I explained how to correct this procedure so as not to result into cancellation.

The third section of this study, entitled "applications of cancelled penal procedure", was divided into two chapters 1st one about procedures violation of primary investigation rules and I chose some of these procedures, such as investigation, checking, arrest and confession. I explained the justice status of violations related to these procedures.

The second chapter was allocated to violating the final investigation rules, divided into three subjects. The Ist is the procedure's violation of publicity principle, the second about its violation of oral principle and the third about recessory judgment. Finally I concluded this study and mentioned the results and suggestions.